Das

rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot

nach gemeinem Rechte und dem BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

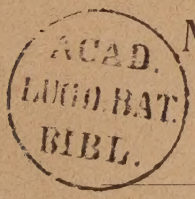
Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Max Raasch
Referendar



Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903

Meinem lieben Onkel

in dankbarer Liebe gewidmet.

Literatur.

Arndts, Pandekten, 11. Auflage, Stuttgart 1883.

Böcking, Pandekten, Leipzig 1855.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1860.

Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinem Recht und dem BGB. 1900. Berl. Diss.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1898.

Dernburg, Pandekten 1896.

Dernburg, Bürgerliches Recht; Dernburg, Preussisches Privatrecht 1894.

Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3, 31, 13.

Fitting, Ist in jedem Veräusserungsgebote von selbst auch ein Ersitzungsverbot enthalten? im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 47.

Fitting, Wesen des Titels bei der Ersitzung; im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 51.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten.

v. Ihering, Passive Wirkungen des Rechts; in Iherings Jahrbüchern Bd. 10.

v. Ihering, Rechtsgutachten betr. die Gäubahn: in seinen Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 18.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, 1882. Kohler, Archiv für bürgerl. Rechts, Bd. 12, Bd. 21.

Mommsen-Krüger, Ausgabe des Corpus juris civilis.

Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse nach dem BGB. 1899.

Paulus, Sententiae in Collectio liborum jur. Antejustin. 2.

Pernice, Marcus Antistius Labeo, 1882.

Planck, Commentar zum BGB.

Puchta, Institutionen.

Puchta, Veräusserung gegen Vertrag, in der Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 12.

v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 1834.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1841.
Lothar Seuffert, Das pactum de non cedendo nach gemeinen Recht, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 51.
E. A. Seuffert, Das gesetzliche Veräusserungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen, 1854.
Stegemann, Das pactum de non cedendo, im Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. 67.
Studemund-Krüger, Ausgabe des Gajus, Institutionen.
v. Vangerow, Pandekten, 1875.
v. Wächter, Pandekten, 1880—1881.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1878 und 1900, besorgt von Kipp.
Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 35, S. 304; Kohlers Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 21 und Bd. 12.
Foerster, Über die Stellung, die Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers nach BGB. Sächsisches Archiv, Bd. 12, S. 136 ff.
Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl.
W. Endemann, Handbuch des Handelsrechts.
Reichel, Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, Bd. 12, S. 176 ff.
Goldmann und Lilienthal, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1900.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900, 3. Aufl.

Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

1) von Heidlen in 5 Bänden 1897,
2) von Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis 1899—1902.
3) von Staudinger, Löwenfeld, Kober u. anderen 1899—1902.
4) Kaufmann, Kommentar und Institutionen des BGB. 1900—1901.
5) von Gareis, Örtmann, Frommhold, Blume, Nieder, Biermann, 1902—1903.
6) von Hölder, Schollmeyer, Heymann, u. a. 1900.
7) von Kuhlenbeck, Das BGB. für das Reich, Bd. 1 —1903.
8) von Scherer, Das BGB., Karlsruhe 1899.

Dissertationen:

1) Kistner, Karl, Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinem Recht u. BGB. 1903.
2) Buth, Fritz, Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinen Recht u. BGB. 1903.
3) Eckstein, Die Übertragbarkeit der Forderungen nach künftigen Reichsrecht. Erlangen 1898.
4) Schlesinger, Wirksamkeit des pactum de non cedendo. Greifswald 1892.
5) v. Treskow, Über das Erfordernis eines in Geld schätzbaren Interesses für die Klagbarkeit von Obligationen. Erlangen 1899.
6) Wurzel, Die Rechtswirkungen der Zuwiderhandlung gegen die gesetzlichen, richterlichen und die durch Rechtsgeschäft begründeten Veräusserungsverbote nach gemeinem Recht und BGB. Erlangen 1901.

Disposition.

Einleitung.

§ 1. Die Stellung des Veräusserungsverbotes im Rechte.

I. Teil.

Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot im gemeinen Rechte.

§ 2. A. Begriff des Veräusserungsverbotes im allgemeinen und des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes im Besonderen.

§ 3. B. Wesen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes.

C. Die Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes.

§ 4. 1) des vertragsmässigen im allgemeinen,

§ 5. 2) in den Ausnahmefällen.
a) der l. 7 § 2 D. de distract. pign. 20,5.
b) des pactum de non cedendo.

§ 6. 3) des testamentarischen Veräusserungsverbotes.

§ 7. D. Die Consequenzen aus der trotz des Verbotes erfolgten Veräusserung.

II. Teil.

Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach dem BGB.

§ 8. A. Begriff des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes.

§ 9. B. Wesen desselben.

C. Wirkungen.

§ 10. 1) des auf Vertrag beruhenden Veräusserungsverbotes im allgemeinen,

§ 11. 2) in den Ausnahmen.
a) der §§ 399, 405, 792,
b) des Einführungsgesetzes art. 59, 62, 64.

§ 12. 3) des testamentarischen Veräusserungsverbotes.

§ 13. D. Die Folgen aus der trotz des Verbotes erfolgten Veräusserung.

Einleitung.

§ 1.

Unter dem vorstehenden Titel soll uns im Folgenden die eine Seite der Verfügungsbeschränkungen beschäftigen, die dem Berechtigten in der Ausübung seines subjektiven Rechtes auferlegt werden können. Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot ist eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit, d. h. der dem Berechtigten an sich gewährten Befugnis, ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise von sich aufzulösen oder zu verändern.

Diese dem Berechtigten zustehende Verfügungsfreiheit ist eine mehr oder minder weit gesteckte je nach dem Charakter der Rechtsordnung eines Volkes. Eine Rechtsordnung mit ausgeprägten genossenschaftlichen Grundgedanken wird der Willkür des Einzelnen, über seine Rechtsbeziehungen zu verfügen, bedeutende Schranken schon an sich entgegensetzen: die einzelne Rechtsperson wird sich in erster Linie als Glied einer Rechtsgenossenschaft fühlen und bei der Gestaltung und Veränderung seiner Privatrechtsbeziehungen zunächst auf die anderen Rechtsgenossen

Rücksicht zu nehmen haben. Das Rechtsbewusstsein im Volke lässt dem Individuum für seine Verfügungsfreiheit engen Spielraum, dem Einzelnen erscheint sein gering bemessenes Selbstbestimmungsrecht und damit die ihm auferlegten Veräusserungsgebote als ganz selbstverständlich.

Ganz anders in einem Rechte mit individualistischen Prinzipien wie z. B. im römischen Rechte. Hier ist das Individuum in erster Linie Herr seiner Privatangelegenheiten, die es regeln kann, wie es ihm beliebt, und die es auch so regeln will. Dem Einzelnen ist hier der denkbar grösste Spielraum für die Verfügung über seine Rechtsbeziehungen gelassen: er kann sie beliebig verändern oder ganz von sich ablösen.

An sich, sagte ich, im Prinzip steht ihm diese unbegrenzte Freiheit zu. Aber so ganz schrankenlos kann eine solche Rechtsordnung den Grundgedanken nicht durchführen, wollte sie damit nicht einen Krieg aller gegen alle hervorrufen: sie muss Ausnahmen statuieren. Als Ausnahme aber wird sie das Individuum empfinden, als eine Beschränkung seiner Verfügungsfreiheit, die sich der Einzelne ungern gefallen lassen will: ein Veräusserungsverbot oder sonstige Verfügungsbeschränkung wird hier der Einzelne als eine Härte des Gesetzes empfinden, während sie in einem Staate mit genossenschaftlichen Rechtsprinzipien als selbstverständlich ohne Sträuben hingenommen würden. Darum sind im Rechtsverkehr der Römer z. B. die Verfügungsbeschränkungen von ungleich grösserer Bedeutung und weit öfter Gegenstand des Parteistreites als in einem Volke wie dem der Germanen.

Die bedeutendste Seite der Verfügungsbeschränkungen stellt das Veräusserungsverbot dar d. h. die Beschränkung in der Befugnis, eine Rechtsbeziehung von sich abzulösen. Sie wird von dem Einzelnen wohl am schwersten empfunden: ein Recht, dass er nicht länger behalten will, kann er nicht von sich ablösen.

Soziale Gründe jedoch legen ihm dieses Ausnahmegesetz auf, Interessen, die nach Meinung des Gesetzgebers höher sind als die des Einzelnen. Denken wir z. B. an den Fall, wo dem tutor verboten ist, Mündelgrundstücke zu veräussern; wäre die Veräusserung nicht verboten, so konnte ein leichtsinniger oder gewissenloser Vormund sein Mündel, das sich selbst mit rechtlicher Wirkung nicht helfen kann, bald um seine im römischen Rechte wichtigsten Vermögensobjekte bringen.

So gerechtfertigt in diesem und verwandten Fällen das Veräusserungsverbot ist, so lässt sich doch nicht verkennen, dass das Veräusserungsverbot, zu sehr verallgemeinert, grosse Nachteile zur Folge haben kann. Ein Volk, das, sei es ganz oder teilweise neben Ackerbau, Viehzucht und Industrie, auf Handel angewiesen ist, wird durch zu weit gehende Verallgemeinerung des Veräusserungsverbotes schwer in seinen Lebensquellen geschädigt, indem der leichte Güteraustausch, die Hauptbedingung eines guten Handels, nichtig wird. Darum ist es, und dies gilt besonders für die gesetzgebenden Faktoren, eine Hauptpflicht beim Statuieren von Veräusserungsverboten nach Art und Wirkung die rechte Wahl zu treffen.

Nach obigem Thema soll Gegenstand unserer Erörterungen das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinem Recht und dem BGB. sein. Damit scheidet für unsere weiteren Betrachtungen das Veräusserungsverbot aus, welches durch positive Gesetzesvorschrift eingeführt ist (gesetzliches Veräusserungsverbot), und das, welches auf behördlicher Anordnung beruht (richterliches Veräusserungsverbot), obwohl wir sie hier und da mit heranziehen müssen, um durch Gegenüberstellung dieser beiden mit dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbot das letztere klarer zeichnen zu können. Sodann bleibt ausserhalb unserer Darstellung das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot, das dem partikulären Rechte angehört, so besonders das interessante und wichtige Gebiet der Familienfideikommisse, der Stamm- und Rentengüter und die einschlägigen Teile des Anerbenrechtes nach art. 59, 62, 64 BGB. Vielmehr soll uns nur das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach gemeinem Rechte und dem BGB. beschäftigen.

Bei der Darstellung desselben werde ich am übersichtlichsten und besten so verfahren, dass ich in einem ersten Hauptteile die Rechtslage nach gemeinem Rechte darstelle, um im zweiten Teile die Regelung nach BGB. folgen zu lassen. Innerhalb eines jeden Hauptteiles gedenke ich zunächst die Frage nach Begriff und Wesen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes zu erörtern, um dann die Wirkung desselben und die Konsequenzen aus der trotz des Verbotes erfolgten Veräusserung darzulegen.

I. Teil.

Gemeines Recht.

§ 2.

Begriff des Veräusserungsverbotes im allgemeinen und des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbots im Besonderen.

Was ist das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot seinem Begriffe nach? Um diesen festzustellen, ist es nötig, von dem Begriffe der Veräusserung im allgemeinen auszugehen.

Das Wort Veräusserung — alienatio ist im gemeinen Rechte in verschiedenem Sinne gebraucht. Dernburg in seinen Pandekten S. 193 definiert denselben als „die Übertragung eines Rechtes durch Willenshandlung des Berechtigten auf einen anderen". Windscheid in seinen Pandekten I, § 69, versteht unter alienatio „im engeren Sinne" ebenfalls das Rechtsgeschäft, durch welches Jemand ein ihm zu stehendes Recht auf einen anderen überträgt. So auch l. 1 Cod. de fundo dot. 5,23: „est autem alienatio omnis actus, per quem transfertur dominium". In diesem Begriff der alientatio ist auch die sogenannte

konstitutive Übertragung mit eingeschlossen, der Fall, wo der Berechtigte nicht ein bereits fertiges Recht, wie z. B. das Eigentum auf einen anderen überträgt, sondern wo der Berechtigte aus der Summe der ihm zustehenden Befugnisse ein neues Recht z. B. Pfandrecht oder eine Servitut „konstituiert" und überträgt. Dagegen zu sprechen scheint fr. 38, § 4 D de legat III, wo es heisst: „Julius Agrippa testamento suo cavit, ne . . . praedium suburbanum aut domum majorem heres ejus pigneraret aut ullo modo alienaret." Der Text scheint auszusprechen, als wenn die alienatio lediglich im Sinne des oben angeführten l. 1 Cod. de fundo dot. 5,23 zu verstehen sei. Aber es ist dies wohl nur eine lässige Ausdrucksweise des Scaevola, und ausserdem wird unsere Ansicht bestätigt durch eine in l. 7 Cod. de reb. al. 4,51 enthaltene Konstitution Justinians.

Das Wort alienatio gebrauchen die Quellen noch in einem weiteren Sinne, als das Aufgeben eines Rechtes ohne dasselbe zu übertragen, renuntiatio. So spricht hervor besonders fr. 5, § 8 D. de rebus eor. 27,9, wo der Verzicht des pupillus auf ein vermachtes Grundstück als alienatio gekennzeichnet wird. Nach fr. 3, § 5 i. f. D. de reb. eor. 27,9 ist es für den pupillus unmöglich, durch non usus eine Servitut aufzugeben, und damit kommen wir zu der weitesten Bedeutung des Wortes alienatio als die willentliche Herbeiführung und das Geschehenlassen des Verlustes eines Rechtes. Fr. 28 D. de V. S. 50,16 sagt: „Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix enim est, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quo que alienare dicitur, qui non utendo

amisit servitutes.“ Diese Quellenstelle hat nicht ungeteilte Meinung in der Literatur. Windscheid, Vangerow sind der Ansicht, jede Ersitzung schlechthin ist ausgeschlossen; andere dagegen wollen nur die absichtliche Herbeiführung der Ersitzung durch absichtlichen non usus aus dieser Stelle herauslesen. Dabei stützt Dernburg, und meiner Meinung nach mit Recht, seine Ansicht auf fr. 16 D. de fundo dot. 23,5: „ . . . eumque (fundum dotalem nämlich) petere neglexerit vir, cum id facere posset; danach kann der bona fide-possessor den fundus dotalis ersitzen, wenn der Ehemann es vergessen hat, garnicht daran gedacht hat, die Klage zum Zweck der Unterbrechung der Ersitzungszeit anzustellen; nicht aber würde der Besitzer das Eigentum erlangen, wenn der Ehemann wissend, dass die acquisitive Verjährung läuft, absichtlich die Klage nicht angestrengt hat (patitur usucapi). Dass nur das wissentliche Ersitzenlassen als alienatio hier gemeint ist, sprechen auch aus fr. 5, § 6 D. de donat. inter vir. et uxor. 23,1 in den Worten „causa donationis“ und fr. 3, § 5 D. de reb. eor. 27,9 „ . . . si tutor causam praebuerit huius rei . . .“. Letzteres ist meiner Meinung nach der Sinn des fr. 28 D. de V. S. Dem stimmen zu Savigny IV, S. 565—570 und Fitting im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 27,7 und 51 p. 253.

Sollten einige trotzdem sich nicht von der Richtigkeit dieser Ausführungen überzeugen lassen und der alienatio diese weitgehende Bedeutung absprechen, so möchte ich ihnen von einer anderen Seite entgegentreten. In den beiden ersten Bedeutungen der alienatio

betrachten wir sie vom Standpunkte des Rechtsinhabers aus, so bei dem Verzicht als Aufgabe eines Rechtes, ohne dasselbe zu übertragen. Dagegen stellten wir uns auf die Seite des Rechtserwerbes, als wir die alienatio im Sinne der usucapio untersuchten. Wenn wir auch hier den Rechtsvorgang mit den Augen des Rechtsinhabers betrachten, so erblicken wir in dem wissentlichen „Geschehenlassen der Ersitzung" einen Verzicht, eine Aufgabe des Rechts, ohne dasselbe zu übertragen. Und da müsste auch Wächter die alienatio in diesem weitesten Sinne anerkennen.

In welchem Sinne die Quellen bei den Veräusserungsverboten von alienatio sprechen, ist streitig. Zunächst ist nach l. 7 Cod. de reb. al. 4,51 bei einem Veräusserungsverbot die Übertragung einschliesslich der konstitutiven Veräusserung verboten: „ . . . non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi nec emphytheuseos contractum." Nach fr. 5, § 8 D. de reb. eor. 27,9 ist auch der renuntiatio, der Verzicht auf ein Recht in dem Begriff der Veräusserung eingeschlossen. Diese Meinung wird fast durchweg von den neueren Theoretikern vertreten, ebenso hat sich das Reichsgericht in Bd. 3, S. 363 auf diesen Standpunkt gestellt. Und dieses auch mit gutem Grunde; denn wenn derjenige, welcher in seiner Veräusserungsbefugnis ganz oder teilweise beschränkt ist, sich derselben durch Verzicht entledigen könnte, würde das

Veräusserungsverbot auf diese Weise leicht zu umgehen sein.

Ob nun das Veräusserungsverbot auch die alienatio in ihrem weitesten Sinne als jede wissentliche Herbeiführung des Rechtsverlustes mit umfasst, ist in der Literatur sehr bestritten. Wächter in seinen Pandekten I, S. 334 z. B. bestreitet, dass das Veräusserungsverbot die Tragweite habe. Als Argument dienen Wächter fr. 5, § 6 D. de donat. inter vir. et uxor. 23,1: „Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse;" und fr. 3, § 5 D. de reb. eor. 27,9: „Nec usus fructus alienari potest, etsi solus fuit usufructus pupilli. an ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? et manifestum est restaurari debere." Da nach diesen Stellen die Servitut und der Niessbrauch erlöschen, im römischen Rechte aber gesetzliche Veräusserungsverbote Nichtigkeit der Veräusserung zur Folge haben, so folgert Wächter aus obigen Stellen, dass das Untergehenlassen eines jus in re aliena durch non usus d. ist mit anderen Worten die Ersitzung der Freiheit von dem jus in re aliena keine Veräusserung darstelle, weil in den angezogenen Quellenstellen trotz des gesetzlichen Veräusserungsverbotes die Servitut und der Niessbrauch erlöschen. Wächter sagte a. a. O. weiter: „Es ist keine Veräusserung, wenn jemand ein Recht verliert durch eine Thatsache, welche ganz unabhängig von seinem Willen diesen Verlust zur Folge hatte; zwar kann auch in den lezteren Fällen der Verlierende die Absicht gehabt haben, das Recht zu ver-

lieren, allein in einem solchen Falle ist die Veräusserungsabsicht für den Verlust des Rechtes etwas ganz Indifferentes und deshalb der Verlust nicht ein durch die Veräusserung bewirkter . . ." Demgegenüber möchte ich sagen: wenn ich z. B. bemerke, mir wird eine Sache weggenommen und ich hindere den Dieb nicht an der Vollendung seines Diebstahls, sondern sehe ruhig dem Diebstahl zu, veräussere ich nicht in diesem Falle ebensogut als wenn ich die Sache weggebe? Allerdings kann der Dieb nicht ersitzen aber niemand wird leugnen können, dass mein Untätigbleiben und Geschehenlassen meines Rechtsverlustes dem positiven Veräussern der Sache z. B. durch Tradition gleichsteht. Und so auch bei der Ersitzung einer Servitut etc.

Gegen die Wächter'sche Ansicht sprechen zudem noch eine Reihe anderer Quellenstellen; so kann nach fr. 10 pr. D. quemadmodum servitutes amittuntur 8,6 eine Servitut nicht durch Ersitzung erlöschen, weil ein pupillus Mitberechtigter ist. Ausserdem sind die von Wächter angezogenen Quellenstellen auf ihre Richtigkeit hin nicht unbestritten geblieben. Diese Stellen sagen auch nur, dass das römische gesetzliche Veräusserungsverbot in diesen Fällen nicht dingliche, sondern nur obligatorische Kraft hat; sie sagen aber nicht, dass die Ersitzung keine alienatio wäre, und nehmen deshalb der fr. 28 D. de V. S. nicht ihre Richtigkeit.

Veräusserungsverbot ist somit das Verbot jeder willentlichen Herbeiführung des Verlustes eines Rechtes.

Eingeteilt werden die Veräusserungsverbote ihrer Entstehung nach in gesetzliche, richterliche und rechtsgeschäftliche, jenachdem dieselben entweder unabhängig vom Willen der Beteiligten, sei es einer positiven gesetzlichen Norm direkt, sei es mittels einer richterlichen Anordnung, ihre Entstehung verdanken oder durch den Privatwillen der oder eines Beteiligten auferlegt werden.

Ihrem Inhalte nach schliessen die Veräusserungsverbote entweder jede Art der Veräusserung oder nur bestimmte Seiten der alienatio, z. B. die Verpfändung aus.

Hinsichtlich ihrer verbindlichen Kraft teilt man die Veräusserungsverbote ein in solche mit dinglicher und solche mit obligatorischer Kraft: unter die erstere Gruppe fallen die Veräusserungsverbote, die das Recht direkt an die Person selbst ketten, sodass dieselbe nicht imstande ist, sich des Rechtes zu entledigen; unter die letztere Gruppe zählen wir die Veräusserungsverbote, die den Belasteten nur verpflichten, das Recht an sich zu halten, während eine trotzdem erfolgte Veräusserung giltig bleibt und den Veräusserer nur zum Schadensersatz verpflichtet.

Für unsere weitere Darstellung soll nur das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot zur Erörterung kommen, und ihm wollen wir uns nunmehr im Besonderen zuwenden.

Eine kurze Bemerkung zur Geschichte. In republikanischer und im Anfange der Kaiserzeit war das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot gänzlich ungiltig. Noch Pomponius sagt in fr. 61 Dig. de pactis 2,14, dass eine solche vertragsmässige Bindung

der Verfügungsgewalt des Berechtigten schlechterdings unmöglich war. Es widersprach dem Geiste des römischen Rechts, er war mit dem Begriffe und dem Wesen des Eigentums unvereinbar. Zwar konnte man auch damals schon durch Beifügung einer Konventionalstrafe zu dem gewünschten Ziele gelangen, indem die Beteiligten durch Stipulation für den Fall der Veräusserung eine Konventionalstrafe sich ausbedangen. Aber dann klagten sie im Falle der Zuwiderhandlung aus der Strafstipulation, nicht aus dem paktierten Veräusserungsverbot, welches ungiltig war. Erst allmählich gelangte das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot zur rechtlichen Anerkennung, und es wurde eine Klage auf id quod interest eingeräumt. In l. 7 Cod. de reb. al. 4,51 gibt Justinian sowohl dem auf einer pactio contrahentium als auch Testament beruhenden Veräusserungsverbot die Klagbarkeit. Damit ist die geschichtliche Entwickelung auf den Standpunkt gekommen, auf dem die Gesetzgebung heute noch steht.

Seinem Begriffe nach haben wir das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot bereits festgestellt: es ist das auf Privatwillen oder Rechtsgeschäft beruhende Verbot der wissentlichen und willentlichen Herbeiführung eines Rechtsverlustes.

§ 3.

Wesen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes.

Erstens ist es also ein Rechtsgeschäft d. h. eine auf die Entstehung eines Rechtsverhältnisses gerichtete

Willenserklärung. Das Veräusserungsverbot ist selbständiger Natur und nicht ein Bestandteil etwa eines gleichzeitig damit abgeschlossenen Geschäftes. Seiner Art nach kann das Veräusserungsverbot einseitig oder zweiseitig sein, je nachdem es durch die Willenserklärung eines Teiles zustande kommt, und das ist der Fall beim testamentarischen Veräusserungsverbot, oder der Willenseinigung beider Teile, des Onorierenden und Onorierten bedarf, wie beim paktierten Veräusserungsverbot.

Damit ein Rechtsgeschäft überhaupt zustande kommt, müssen die Erfordernisse desselben erfüllt sein. In erster Linie ist die Handlungs- und Willensfähigkeit des Rechtssubjektes nötig. Der das Veräusserungsverbot einseitig Auferlegende muss, da dasselbe nur beim Testament oder Kodizill vorkommt, fähig sein, ein Testament zu errichten, er muss die testamenti factio activa haben, welche gemeinrechtlich an die Altersgrenze von 14 Jahren gebunden war. Beim paktierten Veräusserungsverbot ist Voraussetzung, dass die Paktierenden fähig sind, sich durch Vertrag zu obligieren. Sie dürfen nicht wegen Geisteskrankheit Verschwendung etc. entmündigt sein, und müssen die gesetzliche Altersgrenze erreicht haben. So bedürfen im gemeinen Recht die Minderjährigen bis zum vollendeten 25. Lebensjahre der vormundschaftlichen oder väterlichen Genehmigung, wenn sie ein Veräusserungsverbot auf sich nehmen wollten; seit dem Reichsgesetz vom 17. Februar 1875 ist diese Grenze auf das 21. Lebensjahr herabgesetzt.

Sodann ist Erfordernis für die Giltigkeit des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes, dass der Wille der Beteiligten auch erklärt wird, dass derselbe auch erkennbar in die Aussenwelt tritt. Denn ohne Erklärung ist der Wille einer Person für das Rechtsleben bedeutungslos, er könnte höchstens später zur interpretation herangezogen werden. Und in der Erklärung muss der wahre Wille der Partei seinen Ausdruck finden.

Wie aber, wenn Wille und Erklärung auseinandergehen, wenn etwas anderes erklärt worden ist, als der Erklärende gewollt hat? Nicht gemeint sind die Fälle der vis absoluta, wo der Erklärende mechanisch zur Erklärung gezwungen worden ist, wo also sowohl der Wille zu erklären als auch der Wille zu kontrahieren fehlte. Hier kommt überhaupt kein Veräusserungsverbot zustande, weil der Wille dazu mangelt.

Gemeint sind vielmehr die im gemeinen Rechte so streitigen Tatbestände der Mentalreservation, Simulation, des Scherzes, besonders des Irrtums, des Betruges und der Drohung. In Kürze seien diese Fälle hier gestreift. Die Kardinalfrage ist hier: gilt das Erklärte oder das Gewollte? Im allgemeinen sei vorausgeschickt, dass sich bezüglich dieser Frage im gemeinen Rechte die verschiedensten Theorieen gegenüberstanden. Die einen stellen, logisch ganz konsequent, alles auf den Willen des Erklärenden ab; fehlt es an ihm, so ist das Geschäft ungiltig, so besonders Savigny, Windscheid im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 63. Dadurch wird aber jede Verkehrssicherheit gefährdet, wenn nachher der Kontrahent,

dem das Geschäft nicht behagt, kommt und erklärt, er habe das Erklärte nicht gewollt, folglich sei das Rechtsgeschäft garnicht zustande gekommen. Diese Konsequenz verhehlten sich andere Theoretiker nicht und stellten sich auf den entgegengesetzten Standpunkt: da die Betonung des Willensmomentes dem Verkehrsleben die grössten Gefahren bringen kann, so soll das Erklärte allein massgebend sein; das wirkt zugleich auch erzieherisch, sodass sich jeder vorher genau überlegt, bevor er eine Erklärung abgibt. So z. B. Kohler in Iherings Jahrbücher Bd. 16, S. 325.

Eine Mittelmeinung vertritt Dernburg in seinen Pandekten I, § 99: bei letztwilligen und liberalen Zuwendungen soll der Wille des Erklärenden entscheiden, bei Verkehrsgeschäften ist regelmässig der Erklärungstheorie der Vorzug zu geben, besonders dann, wenn der Erklärende schuld daran ist, dass der andere Teil durch die falsche Erklärung getäuscht worden ist.

Was nun die Einzelfälle speziell angeht, so ist die reservatio mentalis für die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts ohne Bedeutung: das Erklärte gilt (Windscheid, Pandekten § 75, anm. 1, Dernburg, Pand. § 99). Das simulierte, zum Schein vorgenommene Geschäft ist, da beide Teile absichtlich das Erklärte nicht zum rechtsgeschäftlichen Inhalt erheben wollen, ungiltig. Aus dem gleichen Grunde, weil der Wille rechtlich zu kontrahieren fehlt, ist das scherzweise abgegebene Versprechen, nicht veräussern zu wollen, nichtig.

Schwierigkeiten aber macht das durch Irrtum zustande gekommene Veräusserungsverbot. Ein Beispiel: A schenkt dem B zwei Sachen, wobei er

sich hinsichtlich einer Sache ein Veräusserungsverbot versprechen lässt. Im Gegenstande aber hat er sich geirrt, er meinte die Sache X, seine Erklärung aber bezog sich auf die Sache Y. Es liegt ein Fall wesentlichen Irrtums vor, der error in objecto. Die Anhänger der Willenstheorie verlangen hier Nichtigkeit des Veräusserungsverbotes, sodass dasselbe als nicht vorhanden zu betrachten ist, so Savigny und Windscheid. Andere dagegen verlangen relative Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Geschäfts.

Ist das Veräusserungsverbot durch Drohung, vis compulsiva zustande gekommen, so ist es an sich giltig nach fr. 21, § 5 D. quod metus causa 4.2: „ . . . tamen coactus volui", weil der Wille vorhanden war. Das römische Recht bot jedoch in der actio quod metus causa ein Hilfsmittel, das erzwungene Geschäft durch Anfechtung wieder zu beseitigen, und diese Klage ging auch gegen jeden Dritten, der aus dem erzwungenen Geschäfte einen Vorteil erlangt hatte. Ist das Veräusserungsverbot durch Betrug entstanden, so gab das gemeine Recht die actio doli gegen den Betrüger und seine Erben, mit der das Geschäft angefochten wurde.

Ein drittes Essentiale eines giltigen Rechtsgeschäftes ist die Beobachtung der vorgeschriebenen Form. In Rom bedurfte das paktierte Veräusserungsverbot für sein giltiges Zustandekommen der Stipulationsform. Im gemeinen Rechte war an die Stelle der strengen Form von Frage und Antwort die Formlosigkeit getreten, sodass ein Veräusserungsverbot schon durch nudum pactum giltig entstand. Hatten jedoch die

Parteien Schriftlichkeit oder sonst eine strengere Form ausgemacht, so wurde die Vereinbarung für die Parteien massgebend. Aber, betone ich nochmals, das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot ist selbständiger Natur, es bedarf daher insbesondere nicht derselben Formenstrenge, die das Rechtsgeschäft erfordert, in dessen Anschluss das Veräusserungsverbot ausgemacht ist, so z. B. bei Übereignung eines Grundstückes in den Gebieten, wo gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Übereignungsvertrages und Auflassung und Eintragung in das Grundbuch nötig ist. Hier genügt jede mündliche Verabredung der Parteien, um ein giltiges Veräusserungsverbot zu statuieren.

Beim testamentarischen Veräusserungsverbot ist Testaments- oder Kodizillform nötig: also entweder das öffentliche Testament apud acta conditum oder judici oblatum, oder das Privattestament vor 7 Zeugen, und für das Kodizill 5 Zeugen.

Was nun schliesslich das vierte allgemeine Erfordernis eines Rechtsgeschäftes, die Zulässigkeit seines Inhaltes anlangt, so darf das Veräusserungsverbot nicht gegen die guten Sitten verstossen und nicht unerlaubt sein, ein solches würde nichtig sein. So ist nach l. 9 Cod. de pactis 4,54 beim pactierten und testamentarischen Veräusserungsverbot notwendig, dass das Veräusserungsverbot ein rechtlich bedeutsames Interesse für eine certa persona hat.

Auch unmöglich darf der Inhalt des Veräusserungsverbotes nicht sein. Um dieses Erfordernis aber genauer darstellen zu können, ist es angebrachter, positiv zu untersuchen, welche Rechte überhaupt Inhalt

eines Veräusserungsverbotes sein können, und damit sind wir zu der Frage nach dem Gegenstande des Veräusserungsverbotes gekommen.

Die einfache Antwort wird lauten: alle Privatrechte, soweit sie übertragbar und veräusserlich sind, können den Gegenstand bilden.

Die Privatrechte zerfallen ihrem Gegenstande nach in Personen- und Vermögensrechte, je nachdem sich dieselben auf die persönliche Stellung des Rechtssubjektes zu anderen Personen oder auf dessen Vermögen beziehen.

Untergruppen der Personenrechte sind einmal die Persönlichkeitsrechte, als das Recht auf Ehre, Titel, auf Unverletzlichkeit von Leib und Leben etc.; sie sind höchst persönlich und unübertragbar, und deshalb wäre ein Veräusserungsverbot bezüglich dieser Rechte undenkbar. Weiter gehören zu den Personenrechten die Familienrechte zu ihrem grössten Teile; sie sind ebenfalls ihrer Natur nach regelmässig unübertragbar wie etwa das Recht auf eheliche Gemeinschaft. Einige Familienrechte jedoch sind übertragbar, so z. B. das Recht der Fürsorge für das Kind; alle Tage kommt die Übertragung dieses Rechtes vor, so wenn ein Kind in Pflege gegeben wird. Theoretisch denkbar wäre hier also ein vertragsmässiges Verbot, dieses Recht nicht weiter zu übertragen; aber in der Praxis wird es wohl nicht vorkommen. Einige ähnliche Fälle sind noch im Vormundschaftsrechte denkbar. Abgesehen von diesen Ausnahmen aber sind die Personenrechte nicht übertragbar, mithin an ihnen kein Veräusserungs-

verbot denkbar; darum können wir die Personenrechte als Gegenstand des Veräusserungsverbotes ausscheiden.

Vielmehr bilden die Vermögensrechte den Hauptgegenstand der Veräusserungsverbote, und auch die einschlägigen Quellenstellen behandeln nur sie. Notwendig aber zum Begriffe des Veräusserungsverbotes ist nicht, dass ein Vermögensrecht den Inhalt bilden muss.

Die Vermögensrechte teilen sich in dingliche Rechte, dem dem Berechtigten eine Sache unmittelbar unterwerfen, und in obligatorische Rechte, welche dem Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten nur einen Anspruch auf eine Leistung gewähren.

In erster Linie bilden die dinglichen Rechte den Gegenstand der alienatio und ihres Verbotes. Alienatio est omnis actus, per quem transfertur dominium. Abgesehen von der Eigentumsübertragung, die bei weitem die häufigste ist, werden auch andere das Eigentum mehr oder weniger beschränkende dingliche Rechte von dem Veräusserungsverbot betroffen, so die emphytheusis, ususfructus, servitutes, hypotheca und pignus. Nicht dagegen kann der Besitz Gegenstand der alienatio sein. fr. 119 D. de regulis juris 50,17 sagt: non alienat qui dum-taxat omittit possessionem. Der Besitz ist gemeinrechtlich, es ist allerdings eine bekannte Controverse, die auch das neue Recht nicht geschlichtet hat, kein Recht, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis (Dernburg, Pand. § 169, Windscheid, Pand. § 148), welches aber wegen seiner grossen Bedeutung für die Aufrechterhaltung des Friedens in einigen Beziehungen rechtlichen Schutz geniesst.

Auch die Forderungsrechte bilden den Gegenstand des Alienationsverbotes. Zwar sind sie erst dazu bestimmt, Rechtsobjekte in das Vermögen zu schaffen, die noch nicht darin sind; aber der Anspruch auf Erlangung eines solchen Rechtsobjektes ist rechtlich gesichert, sodass derselbe thatsächlich das Vermögen des Berechtigten bereichert: er bildet ein Vermögensrecht.

Im Falle der Zahlung einer Schuld z. B. Darlehnsschuld haben wir zwei Veräusserungen: der Schuldner gibt die Geldsumme hin, es ist eine alienatio rei, eine Übertragung des Eigentums an dem Gelde; und der Gläubiger entäussert sich durch die Annahme des Geldes seines Forderungsrechtes, einer res incorporalis. Diese letztere Veräusserung ist Gegenstand eines Veräusserungsverbotes in Gaius II, § 84: „Itaque si debitor pecuniam pupilli solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere, potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est.“ In dieser Quellenentscheidung wird demnach das juris vinculum, das debitor und creditor umschlingt, nicht durch die Zahlung zerschnitten.

Ebenso fällt die acceptilatio unter den Gegenstand der Veräusserung und des Veräusserungsverbotes.

Die Forderungsübertragung finden wir dagegen im Justinianeischen Rechte nicht als Gegenstand der alienatio und ihres Verbotes angeführt. Dass es eine Forderungsübertragung durch Rechtsgeschäft überhaupt gegeben hat, haben wir schon für das ältere römische Recht bestätigt in Gajus II, § 38, 39, wobei ganz

abgesehen wird von der Universalsuccession, bei der der Erbe ganz in die Rechtstellung des Erblassers auf dem Gebiete des Vermögensrechtes eintritt und darum auch dessen Forderungsrechte erwirbt. Mittel hierzu boten die Novation und das mandatum ad agendum Aber ohne dass diese unpraktischen juristischen Handhaben der Novation und des mandatum agendum angewendet worden wären, finden wir eine Reihe von Quellenstellen, die von einer Forderungsübertragung entsprechend der gemeinrechtlichen Cession sprechen. So sagt l. 23 Cod. mandati 4,35 bezüglich der constitutio Anastasiana: „. . . invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem . . .", und weiter „. . . partem autem donationis titulo transferre videri . . .". Es zeigt diese Konstitution, und das ist ihre Bedeutung für uns, dass die Forderung Gegenstand des Vermögensverkehrs ist; dasselbe in besserer Form ausgedrückt lesen wir in fr. 17 Dig. de hered. vend. 18,4: „nomina eorum, qui sub condicione vel in diem debent, et emere et vendere solemus: ea enim est res, quae emi et veniri potest."

Wenn nun auch die römischen Quellen die Forderungsübertragung nicht als Gegenstand der alienatio und ihres Verbotes ausdrücklich aufführen, so hindert es uns dieser Umstand nicht in der Behauptung, dass in der Forderungsübertragung eine Veräusserung zu erblicken ist, die durch ein Veräusserungsverbot betroffen werden kann, wenigstens soweit es das gemeine Recht angeht.

Der Grund dafür, dass die römischen Quellen die Singularsukzession als Veräusserung nicht angeführt haben, ist darin zu suchen, dass den Römern wie die direkte Stellvertretung auch die Cession unbekannt war; sie suchten sich durch novatio und später durch das mandatum ad agendum zu helfen. Aber eine unvollkommene Hilfe: der procurator in rem suam klagte zwar mit einer actio suo nomine, aber er stützte sie auf eine obligatio, die dem bisherigen Gläubiger zustand. (vgl. das Weitere bei Windscheid II, § 329 ff., Windscheid, die actio des römischen Rechts S. 120—221, Arndt's Pandekten § 254 m. Anm.) Erst als die dem Cessionar gewährte actio utilis suo nomine, zuerst von Antonius Pius dem Erbschaftskäufer gewährt (fr. 16 pr. D. de pactis 2,14) sich mehr und mehr im spätrömischen und gemeinen Rechte verallgemeinert hatte, würde die Cession als Veräusserung angesehen.

Um mit dem Gegenstande des Veräusserungsverbotes abzuschliessen, bleibt uns noch eine Voraussetzung zu erledigen: das von den Veräusserungsverbote betroffene Recht muss vom Belasteten erworben sein, sodass demselben das Recht und die Verfügungsbefugnis über dasselbe zusteht. Darum kann von einem Veräusserungsverbot bei einer deferierten Erbschaft nicht die Rede sein. Denn erst mit der Annahme der Erbschaft nimmt der Erbe die Erbschaft in den Bestand seines Vermögens auf, und deshalb veräussert er, wenn er die Annahme der Erbschaft ausschlägt, ein Recht nicht. Dieser Satz hat positiv rechtlich seine Normierung gefunden in fr. 28 Dig. d. V. S.

50,16: „qui accasione acquirendi non utitur, non intellegitur alienare; veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur. Auf Vermächtnisse jedoch ist dieser Satz nicht anwendbar, da der Vermächtnisnehmer mit dem Erbfall bereits ein dingliches Recht an der vermachten Sache erlangt. Wenn also im gemeinen Rechte der Vermächtnisnehmer ein ihm zugefallenes Vermächtnis zurückweist, so begeht er damit eine Veräusserung.

§ 4.

Wirkung des vertragsmässigen Veräusserungsverbotes im allgemeinen.

Nachdem wir im ersten Abschnitte den Begriff und das Wesen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes zur Darstellung gebracht haben, soll uns im zweiten Abschnitt die Frage beschäftigen: Welches ist die Wirkung eines solchen rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes?

Oben als wir von der Einteilung des Veräusserungsverbotes sprachen, sahen wir, dass die, Möglichkeit der Wirkung eine zweifache sein kann, entweder dinglich oder obligatorisch.

Im ersteren Falle ist der Belastete nicht in der Lage, die Rechtsbeziehungen, die ihn mit einem Rechtsobjekt verknüpfen, zu lösen, soweit das Veräusserungsverbot reicht. Ist ein Veräusserungsverbot schlechthin ausgemacht, so soll damit jede wissentliche und willentliche Herbeiführung des Rechtsverlustes untersagt und unmöglich gemacht sein. Das Veräusserungsverbot

kann auch eine oder mehrere Arten der Veräusserung verbieten, z. B. die Verpfändung.

Das mit dinglicher Kraft ausgestattete Veräusserungsverbot erfasst das Recht selbst und kettet es an die berechtigte Person. Wenn der Belastete dem Verbote entgegen dennoch die Veräusserung vornimmt, so geht das Recht, z. B. das Eigentum, nicht auf den Erwerber über, selbst nicht wenn dieser in gutem Glauben im Moment der Vornahme des Veräusserungsgeschäftes war; denn dem gemeinen Rechte ist ein dem heutigen Rechte analoger Schutz des guten Glaubens unbekannt. Mit dinglicher Kraft ausgestattet sind im gemeinen Rechte die auf Gesetz und richterlicher Anordnung beruhenden Veräusserungsverbote, und die grosse Kraft des dinglichen Veräusserungsverbotes zeigt sich darin auch, dass sogar die obligatorischen Rechtsgeschäfte, in denen sich der Veräusserer zur Veräusserung verpflichtete, nichtig war (das Nähere bei Dernburg. Pandekten I, § 217, Anm. 7 u. 8 und Windscheid I § 172 a, Anm. 2). Gesetzlich verboten ist die Veräusserung von Dotal-, Mündelgrundstücken etc. Dass in diesen Fällen jede Veräusserung unmöglich gemacht worden ist, ist aus den Interessen und der rechtlichen Stellung der Ehefrau und der Mündel wohl gerechtfertigt. Und ähnlich die auf richterlicher Anordnung beruhenden Veräusserungsverbote: sie werden in concreto auch nur da erlassen, wo ein besonderes Interesse besteht.

Die zweite mögliche Bindekraft des Veräusserungsverbotes ist die obligatorische. Nicht das Recht selbst wird hier getroffen und mit der Person des Belasteten

unlöslich verknüpft; sondern das Recht selbst bleibt ausserhalb der rechtlichen Bindung, und nur die Person des Belasteten wird wie bei einer Obligation zur Unterlassung der Veräusserung verpflichtet. In diesem Falle ist die trotz des Verbotes erfolgte Veräusserung vollgültig, das Eigentum, der Niessbrauch, das Pfandrecht etc. werden erworben; aber der Veräusserer wird zum Schadensersatz verpfichtet.

Diese Wirkung hat im allgemeinen unser rechtsgeschäftliches Veräusserungsverbot. Es hat auch nicht für die Gesamtheit der Rechtsgenossen oder den Einzelnen die Bedeutung wie das auf Gesetz oder auf richterlicher Anordnung beruhende Veräusserungsverbot; meist sind es minder bedeutende Interessen des Einzelnen, die mit dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbot verfolgt werden sollen. Fassen wir dasselbe näher ins Auge; dabei müssen zwischen dem auf Vertrag und dem auf Testament beruhenden Veräusserungsverbot unterscheiden.

Das durch Vertrag entstandene Veräusserungsverbot ist, wie schon oben dargelegt, eine Vereinbarung, durch die der Belastete zur Unterlassung der Veräusserung angehalten wird. Hält er seinen Vertrag nicht, so macht er sich als Kontraktbrüchiger schuldig, dem Gegner den entstandenen Schaden zu ersetzen. Nicht aber ist der Interessent imstande, die trotz des Verbotes erfolgte Veräusserung anzugreifen und den dritten Erwerber zu belangen, auch nicht, wenn dieser um das Bestehen des Veräusserungsverbotes wusste, vielmehr bleibt das Veräusserungsgeschäft giltig. Diese Kon-

sequenz ergibt sich schon aus den allgemeinen Lehrsätzen über die Verträge.

Wir finden sie noch ausdrücklich bestätigt in fr. 75 Dig. de contrah. empt. 18,1, ferner in § 21 § 5 D. de actione empt. vend. 19,1; fr. 11 D. de religiosis 11,7, fr. 135 D. de Verbor. oblig. 45,1. So sagt z. B. fr. 21 § 5 D. de actione empt. vend. 19,1: „Sed et si fundum ita tibi vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.“ Mehr lese ich auch nicht aus l. 9 Cod. de pact. inter emptor. et venditor. 4,54 heraus, und gleichzeitig bestätigt diese Stelle, dass ein solches pactum überhaupt rechtsverbindlich ist. Die dargelegte Ansicht vertreten auch Böcking, Windscheid, Arndt, Dernburg.

Ganz unbestritten freilich ist sie nicht, indem man besonders früher geneigt war, dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbot dingliche Kraft zuzusprechen. Für diese Meinung führen die Gegner hauptsächlich die oben zitierte l. 9 Cod. de pact. int. emptor. et venditor. 4,54 als Belegstelle an. Sie lautet: „Si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu, ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito vel alio modo sibi concesso monumentum extruere vel alio modo humani juris eum eximere, sancimus, licet hoc apud veteres dubitabatur, tale pactum ex nostra lege esse fovendum et immutilatum permanere. Forsitan enim multum ejus intererat, ne ei vicinus non solum, quem nollet, adgregetur, sed et pro quo specialiter interdictum est. cum etenim venditor vel aliter non alia lege suum jus transferre passus est nisi

tale fretus conventione, quomodo ferendum est aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione? Aus dieser lex wollte man die dingliche Kraft des pactierten Veräusserungsverbotes herauslesen. In Wahrheit aber spricht diese Stelle nicht von der dinglichen Kraft des Veräusserungsverbotes, sondern nur von der Giltigkeit des pactum de non alienando überhaupt: früher hatte dasselbe keine rechtsverbindliche Kraft (fr. 61 D. de pact. 2,14), jetzt bestimmt der Kaiser ausdrücklich, dass das Veräusserungsverbot, auch wenn es auf Privatwillen beruht, giltig und rechtsverbindlich sein soll. Denn so entscheidet Kaiser Justinian in diesem ihm vorgetragenen Falle, es liegt, wenn auch nicht gerade ein Vermögensinteresse, so doch ein rechtlich beachtenswertes Affektionsinteresse vor, und dies genügt, um eine giltige Obligation zustande zu bringen. Diese Stelle zeigt also, was schon oben angeführt ist, und auch später noch erwähnt werden wird, dass zum Entstehen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes das Vorhandensein eines Interesses notwendig ist, das nicht gerade Vermögensinteresse zu sein braucht.

Eine andere unserer Ansicht scheinbar widersprechende Stelle, die auch sonst viel Schwierigkeit macht und zu den verschiedensten Interpretationen geführt hat (vgl. dazu Pernice, Labeo III, S. 285, Vangerow Pandekten I § 552), ist l. 3 Cod. de condictione ob causa datorum 4,5: „Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla comperet. id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret, vel ut donatori vel heredi ejus condictio, si non fuerit condicio servata, quaeratur.“ Aus

den Worten „ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret“ suchten viele eine dingliche Wirkung herauszulesen. Dementgegen sucht z. B. Vangerow nach dem Vorgange von Lauk S. 14 die Stelle so zu erklären: das Veräusserungsverbot bewirkt, dass entweder der Beschenkte die Veräusserung unterlässt oder dass er im Falle der Veräusserung mittelst einer condictio zur Rückgabe der Bereicherung gezwungen werden kann; nicht aber ist hier von einer Nichtigkeit der trotz des Verbotes erfolgten Veräusserung die Rede. Auch die Basiliken 24,1 c. 31 sprechen dem Veräusserungsverbote die dingliche Kraft ab: „Ἐάν τις δωρήσηταί τινι ἐπὶ ὅρῳ τοιούτῳ ἐπὶ τῷ μηδέποτε τὰ δωρηθέντα ἐκποιῆσαι, τῷ μεν νόμῳ ἐκποίησις οὐ κεκώλυται· ὁ δε ἐκποιήσας κατέχεται τῷ τῆς ἀπαιτήσεως δικαίῳ.“

Eine andere Frage, vorhin habe ich sie schon gestreift, ist, ob der Erwerber nicht dann zu belangen wäre, wenn er im Moment des Erwerbes von dem Bestehen des Veräusserungsverbotes gewusst hat. Glück in seinen „Ausführlichen Erläuterungen zu den Pandekten“ Bd. 16, p. 66 bejaht diese Frage und mit ihm viele seiner Zeitgenossen. Als Grund führen sie an, der Erwerber habe sich des dolus schuldig gemacht, und darum solle er sein Recht nicht behaupten können. Aber dem römischen Recht ist eine solche Ausdehnung des Satzes von Treu und Glauben unbekannt gewesen, und deshalb ist die Ansicht Glück's zu verwerfen.

Wir gelangen somit zu dem Resultat, dass das paktierte Veräusserungsverbot nicht dingliche sondern obligatorische Kraft hat: der dennoch Veräussernde

ist zum Schadensersatz verpflichtet, nicht aber ist die Veräusserung selbst ungiltig.

§ 5.

Ausnahmefälle.

Diese Regel wird jedoch von Ausnahmen durchbrochen, in denen das pactum de non alienando dingliche Kraft hat.

Die erste quellenmässige Ausnahme ist die, dass das paktierte Verbot durch manu-missio zu veräussern, dinglich wirkt. fr. 9 § 2 D. Qui et a quibus manumissi 40,6 sagt: „Qui hac lege venierint, ne manumittantur, vel qui testamento prohibiti sint manu-mitti vel jussu praesidis provinciae, licet manumittantur, tamen ad libertatem non perveniunt". vgl. fr. 4 § 9 D. de manumission. 40,1. Bei den Bestätigungen, die dieser Rechtssatz in den Digesten erhält, ist diese Ausnahme ohne Zweifel richtig. Es ist eine Singularität des Sklavenrechtes, von dem wir weiter unten einen ähnlichen Fall kennen lernen werden. Aber dieser Fall ist antiquiert, da das gemeine Recht die Sklaverei als Rechtsinstitut nicht kennt.

Von ungleich grösserer Bedeutung und seit der Glossatorenzeit Gegenstand des lebhaftesten Streites in der Litteratur ist der in dem fr. 7 § 72 Dig. de distrah. pign. 20,5 enthaltene Fall. Die Stelle ist Marcians liber singularis ad formulam hypothecariam entnommen und lautet: „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ut pactioni stetur". Klar und deutlich

spricht diese lex aus, dass das vom Pfandschuldner vorgenommene Veräusserungsgeschäft nichtig ist, wenn ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot entgegensteht: das Veräusserungsverbot hat dingliche Kraft. Es stellt also diese Lesart der Florentina den Satz auf, dass man jedem Veräusserungsverbote dadurch dingliche Kraft verleihen kann, wenn man sich ein Pfandrecht mit oder ohne Pfandbesitz an der Sache bestellen lässt.

Diese Ausnahme von der Regel schien schon den Glossatoren unhaltbar zu sein, und seit ihren Tagen haben sich die Gelehrten bemüht, auf jede denkbar mögliche Weise diesen wunderbaren Satz wegzuinterpretieren. Die Glossatoren hatten neben der Florentina noch eine andere Lesart: nullam esse conventionem oder pactionem, ut venditioni stetur; sie verteidigt Accursius und setzt zu ihr die Bemerkung: Si habes venditionem valet pactum, et sic est contra supra de pactis lex Nemo (fr. 61 Dig. de pactis 2,14); si autem habes pactionem vel conventionem, ut quidam libri habent, planum est. Desgleichen tritt Donellus ad fr. 135 § 3 D. de V. O. 45,1 für diese Lesart ein und sagt: nullam esse pactionem, ut venditioni stetur. Dementgegen steht Bartolus ad § 7, § 2 D. de distract. pignor. 20,5: nach seiner Meinung besteht die Lesart der Florentina zu Recht und sagt: „dico quod cum semel haberemus, de facto hanc quaestionem, misimus usque Pisas ad librum Pandectarum et reperta est vera illa littera „nullam esse venditionem"". (Savigny Geschichte des römischen Rechts, 2. Ausgabe III, p. 726).

Puchta in der Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft XII, 6 liest nach dem Vorgange von Janus a Costa ad § 1 Inst. II, 8 die Stelle anders: „Si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus“, und verbindet damit die den Glossatoren bekannte Lesart: nullam esse conventionem, ut venditioni stetur. Danach dreht sich der Streit um die Frage, ob der Pfandgläubiger das Pfandobjekt verkaufen könne, auch wenn er sich zum Nichtverkauf desselben verpflichtet hätte, und diese Nebenabrede sei nichtig: es wäre keine Verpfändung, wenn dem Gläubiger das Verkaufsrecht genommen würde. Sehen wir dagegen die Lehre vom Pfandrecht durch, so finden wir, dass eine conventio der Beteiligten, ne distraheretur, sehr wohl gültig sei, sogar der trotzdem veräussernde creditor furti obligatur, nisi ei (debitori) ter fuerit denuntiatum, ut solvat et cessaverit (fr. 4 D. de pigner. actione 13,7); eine solche pactio ist giltig, verpflichtet aber den Pfandgläubiger nur zur dreimaligen Mahnung, bevor er zum Pfandverkauf schreitet. Auf ähnlichem Standpunkte wie Puchta steht Böcking in seinen Pandekten § 158, desgl. Arndt's Pandekten S. 208 Anm. 5.

Von den neueren Gelehrten sei noch Kohler erwähnt. In seinen „Pfandrechtlichen Forschungen“ S. 68 ff. nimmt Kohler an, dass wir es in dieser Stelle mit einem alten Kopistenfehler zu thun haben, der schon in viele Handschriften übergegangen ist. In der Sache selbst ändert Kohler wie Puchta die Stellung von debitor und creditor, lässt dagegen am Schluss den Wortlaut der Florentina gelten. Dadurch

gelangt er zu dem Resultat, dass ein Pfandrecht ohne Distractionsbefugnis, ein sogenànntes Nutzpfand, sehr wohl denkbar und giltig sei. Endlich verdient noch die Konjunktur Mommsen's Erwähnung. Mommsen lässt die ganze Stelle, wie sie in der Florentina steht, gelten, er schiebt nur am Ende vor venditionem ein „nec impediendam esse", sodass die Stelle folgendermassen aussieht: „et certum est nullam esse (sc. pactionem) nec impediendam esse venditionem, ut pactioni stetur".

Alle diese Änderungen scheinen mir jedoch mehr oder minder gewagt, besonders die von Puchta, Böcking, Kohler etc. vorgenommenen Umstellungen. Dazu gehen alle diese Vermutungen zu Grunde durch die Bestätigung, welche die Basiliken XXV, 7 c. 7 der Pisana geben: „καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ μὴ ἐξεῖναν τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐξέχυρον (Arndts, Pandekten S. 223). Bei der Bastätigung, die die Florentina durch die Basiliken erfährt, sind alle anderen Vermutungen zu verwerfen, und wir müssen uns mit dem Gedanken abfinden, hier eine ausserordentliche Singularität im Digestenrechte zu haben. Dieser Meinung stimmen auch Windscheid, Dernburg zu: das Veräusserungsverbot in diesem Falle hat dingliche Wirkung, eine trotzdem vom Pfandschuldner vorgenommene Veräusserung ist nichtig und bewirkt keinen Eigentumsübergang.

Eine dritte Ausnahme von der Regel, dass das vertragsmässige Veräusserungsverbot nur obligatorische Wirkung hat, bildet das pactum de non cedendo. Es ist dies ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner,

demzufolge der Gläubiger nicht berechtigt sein soll, sein Forderungsrecht auf einen anderen zu übertragen. Dem Schuldner kommt es in diesem Falle gerade darauf an, einem bestimmten Gläubiger zu leisten und nicht jedem Inhaber des Forderungsrechtes. Deshalb macht er mit dem creditor die Unveräusserlichkeit des Forderungsrechtes aus.

In älterer Zeit war man dafür, ein pactum de non cedendo ist ungiltig, nur wenn der Inhalt der Obligation beim Abschluss derselben so gestaltet war, dass eine Übertragung des Forderungsrechtes ausgeschlossen war, war die Übertragung unstatthaft. So auch Windscheid, Pandekten, § 335. Für die Giltigkeit des pactum de non cedendo trat, wenigstens was die Wertpapiere—Rectapapiere anlangt, Brunner in W. Endemanns Handbuch des Handelsrechtes II, S. 179 ein; sodann ganz allgemein Eck und Iherings Jahrbücher 35, 304 und Dernburg, Pandekten § 50, Anm. 5. So erkennt man heute die Giltigkeit des pactum de non cedendo an.

Wie wirkt nun ein solcher Vertrag? Nach den allgemeinen Regeln würde er obligatorische Wirkung haben wie jedes andere pactierte Veräusserungsverbot und auf diesem Standpunkte steht auch Lothar Seuffert im Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd. 51 p. 102 ff. In seiner Meinung fühlt sich Seuffert dadurch bestärkt, dass die Verkehrssicherheit erfordere, dass der Schuldner liberierend dem Cessionar leisten könne, wenn ihm die Cession auch nicht gerade lieb war. Die entgegengesetzte Meinung, und ihr stimmen von den Theoretikern Dernburg, Pandekten II

S. 141, Stegemann im Archiv f. die zivilistische Praxis Bd. 67 S. 315 und andere zu, desgeichen teilt das Reichsgericht Bd. 31, S. 164 ihre Meinung, legt dem pactum de non cedendo dingliche Wirkung bei: das Forderungsrecht geht nicht auf den Cessionar über, und der Schuldner leistet nicht liberierend an diesen. Und diese Ansicht scheint mir die richtige zu sein. Leider fehlt es uns hier an den einschlägigen Quellenentscheidungen, sodass wir aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen unser Resultat finden müssen.

Die Obligation entsteht durch den Parteiwillen, sie empfängt nach dem Prinzip von der Vertragsfreiheit ihren Inhalt aus dem Parteiwillen: der Wille der Parteien entscheidet in erster Linie. Diesen Satz sprechen eine Reihe von Quellenstellen aus, wie z. B. legem enim contractus dedit (fr. 23 D. de regulis juris 50,17), ferner fr. 27 eod. tit. Dazu kommt noch, dass die Obligation als Rechtsobjekt nicht den Sachen, den Stücken der vernunftlosen Natur gleichzustellen ist: die Forderungsrechte, falls sie nicht verbrieft sind, sind nicht für längere Dauer bestimmt, es mangelt ihnen die Bestimmung eines möglichst leichten Verkehrs. Deshalb ist das Bedürfnis, sie aus Rücksichten der Verkehrssicherheit den Sachen gleichzustellen, nicht vorhanden.

Haben nun die Parteien, sei es gleich beim Kontraktabschluss oder nachher, ein pactum de non cedendo vereinbart, so ist der creditor nicht imstande, sein Forderungsrecht durch Übertragung von sich abzulösen. Unternimmt er es dennoch, so geht das Forderungsrecht nicht auf den Cessionar über, und der Schuldner

ist berechtigt, dem fordernden Cessionar die Leistung zu verweigern. Wie er dazu berechtigt ist, so ist er dazu auch verpflichtet, will er sich nicht der Gefahr aussetzen, nochmals dem Cedenten leisten zu müssen. Ich sehe nicht ein, weshalb Brütt in seiner Schrift über „das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot" dem Schuldner eine günstigere Stellung einräumen will, dass der debitor liberirend an den Cessionar leisten kann, wenn der Gläubiger entgegen dem Veräusserungsverbot cediert hat.

Dies von dem pactum de non cedendo im allgemeinen.

Ein Wort noch von den Wertpapieren, die besonders im Handelsrechte eine Rolle spielen. Die Wertpapiere sind Träger der Forderung, in ihnen ist das Recht auf die Leistung gleichsam verkörpert. Dabei müssen wir unter den einzelnen Arten scheiden. Für die Recta- oder Namenspapiere gilt das oben von dem pactum de non cedendo im allgemeinen Gesagte, da hier nur einer mit Namen bezeichneten Person die Leistung versprochen ist, und die Parteien können hier ein Veräusserungsverbot mit dinglicher Kraft beifügen. Anders steht es beim Orderpapier. Hier verspricht der Schuldner, dem Gläubiger oder jedem Indossatar zu leisten. Das Papier ist damit von den Parteien zum leichten Verkehr bestimmt und ihm durch Beifügung der Orderqualität die leichte Übertragungsfähigkeit verliehen worden. Dem Gläubiger steht hier nicht allein der gewöhnliche zivilrechtliche Übertragungsakt der Cession zu Gebote, ihm ist dazu das bequemere Transportmittel der Indossierung gegeben. Soll einem

solchen Verkehrspapier die Übertragbarkeit genommen werden, so ist es zunächst seiner Orderqualität zu entkleiden. Dieses geschieht durch Beifügung der negativen Orderklausel, etwa „nicht an Order“. Damit ist aber dem Papiere noch nicht die Cedierbarkeit genommen, vielmehr bedarf es dazu noch eines besonderen Aktes, der dann das Papier zu einem unveräusserlichen macht.

Dagegen unmöglich ist ein Veräusserungsverbot beim Inhaberpapier. Hier verspricht der Schuldner jedem Präsentanten zu leisten; jeder Inhaber soll ihm als Gläubiger recht sein. Die denkbar leichteste Übertragbarkeit macht das Wesensmerkmal des Inhaberpapieres aus. Und diesem Papiere ein pactum de non cedendo beizufügen, hiesse dasselbe seines wichtigsten Begriffsmerkmals berauben, sodass es aufhört Inhaberpapier zu sein.

Damit kommen wir zu dem Ergebnis, dass das paktierte Veräusserungsverbot regelmässig obligatorische Wirkung hat und nur ausnahmsweise beim pactum de non cedendo und dem Vertrage zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner, die Pfandsache nicht zu veräussern, mit dinglicher Kraft ausgestattet ist.

§ 6.

Das testamentarische Veräusserungsverbot.

Nunmehr erübrigt es für uns noch, die Wirkung des einseitigen, testamentarischen Veräusserungsverbotes zu betrachten. Dasselbe hat in der Wissenschaft nicht ungeteilte Ansichten hervorgerufen. Windscheid in seinen Pandekten I § 172 sagt: „Das letztwillige

Veräusserungsverbot ist ohne alle rechtliche Bedeutung". Welcher Meinung Arndt's in seinen Pandekten ist, lässt sich aus dem Texte des § 132 nicht leicht erkennen, es scheint aber, als ob er für die obligatorische Wirkung desselben ist. Böcking und Dernburg sprechen dem testamentarischen Veräusserungsverbot Wirksamkeit zu, und Fitting schliesslich im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 51 p. 270 ff. nimmt sogar für dasselbe dingliche Wirkung in Anspruch, sodass die entgegen dem Veräusserungsverbote erfolgte Veräusserung nichtig ist, sofern es sich nicht um ein nudum praeceptum handelt.

Von unserer Untersuchung sind gänzlich auszuscheiden die Fälle, in denen dem Erben in Verbindung mit einem Vermächtnis ein Veräusserungsverbot auferlegt worden ist. Im Justinianeischen Rechte, wo Legat und Fideicommiss zu einem Rechtsinstitut zusammen geschmolzen sind, so dass zwischen ihnen kein juristischer Unterschied mehr besteht, wurde mit dem Erbfall dem Vermächtnisnehmer ein dingliches Recht auf die vermachte Sache gewährt: er wurde mit dem Moment des Erbfalles schon dinglich berechtigt, konnte aber sein Recht erst ausüben, nachdem die Erbschaft einen heres bekommen d. h. nachdem der heres acquiriert hatte, das spricht für das ältere Recht Gajus II, § 194 und für das Justinianeische Recht l. 1, § 1 Cod communia de legatis 6,43 aus: „Rectius igitur esse censemus . . . omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem quatenus eis liceat res, vel per quocunque

genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda".

Danach hat der Vermächtnisnehmer ein dingliches Recht an der vermachten Sache; der Erbe kann also die Sache nicht giltig veräussern. Ein Veräusserungsverbot, das etwa der testator dem Erben noch auferlegt, hat diese Wirkung nicht; diese tritt auch ohne das Veräusserungsverbot ein, so dass das Veräusserungsverbot überflüssig und bedeutungslos ist.

Dieser Fall scheidet aus, vielmehr dreht sich der Streit um die Veräusserungsverbote, die dem Erben ohne in Verbindung mit einem Vermächtnis zu stehen, auferlegt sind oder wo der Vermächtnisnehmer selbst mit einem Veräusserungsverbot oneriert worden ist.

Die massgebende Quellenstelle ist fr. 114, § 14 Dig. de legatis I, welche lautet: „Divi Severus et Antonius rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes ejusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse, sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse; nam si heredes propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissaris quoque sequuntur".

Aus dieser Stelle folgt, dass, damit ein testamentarisches Veräusserungsverbot giltig sei, dasselbe im ersichtlichen Interesse einer bestimmten Person ge-

geben sein muss. l. 3, § 2 Cod. communia de legat. 6,43 führt einige Fälle an, wo ein solches Interesse vorliegt. Auch fr. 38 § 4 D. de leg. III° bestätigt, dass ein genügendes Interesse vorhanden sein müsse, um dem testamentarischen Veräusserungsverbote Giltigkeit zu verleihen.

Fr. 38 § 4 D. de legatis III° lautet: „Julius Agrippa primipilaris testamento suo cavit, ne ullo modo reliquias eius et praedium suburbanum aut domum majorem heres ejus pigneraret aut ullo modo alienaret: filia eius heres scripta heredem reliquit filiam suam neptem primipilaris, quae easdem res diu possedit et decedens extraneos instituit heredes, quaesitum est, an ea praedia extraneus heres haberet an vero ad Juliam Domnam, quae habuit patruum majorem Julium Agrippam, pertinerent. respondi, cum hoc nudum praeceptum est, nihil proponi contra voluntatem defuncti factum, quo minus ad heredes pertinerent". Desgl. vergl. hierzu fr. 93 pr. Dig. de legatis III°.

Nach dem Thatbestande dieser Quellenentscheidung ist das testamentarische Veräusserungsverbot schon darum als nudum pactum nichtig, wenn es der testator unterlassen hat ein Fideicommis oder eine Nacherbschaft einzusetzen. Hierfür entscheidet sich auch Wächter II S. 812. Wie die Römer hartnäckig an dem Grundsatz semel heres semper heres festgehalten haben und keine Nacherbschaft zulassen wollten, so wollten sie den heres in seiner Verfügungsbefugnis über die ererbten Gegenstände nur beschränken lassen, wenn ein vernünftiger, triftiger Grund hierfür vorhanden war.

Auch über den Umfang eines testamentarischen Veräusserungsverbotes herrscht unter den Gelehrten, welche für die Giltigkeit eines solchen eintreten, Meinungsverschiedenheit. Fitting im Archiv für die zivil. Praxis 51, p. 270 spricht sich entschieden für die dingliche Wirkung aus. Hauptbelegstelle ist ihm die in fr. 38 pr. Dig. de legatis III° enthaltene Entscheidung aus Scaevolas Digesten: „Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex justis nuptiis et ceteris cognatis fideicommiserat: filius praedia quae pater obligatareliquerat, dimisso hereditario creditore nummis novi creditoris, a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecaeve nomine transtulit quaesitum est, an pignus recte contractum esset. respondit, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum idem quaesiit, cum filius hereditaria praedia, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint. respondi, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisse.

Aus den Worten des letzten Satzes „si non aliud erat in hereditate, unde debitum exsolvisset" folgert nun Fitting: waren noch Gegenstände im Nachlass, die sich zur Befriedigung der Nachlassgläubiger eigneten, so war der Verkauf der res fideicommissa ungiltig. Die lex stellt demnach den Lehrsatz auf: der gutgläubige Erwerber (qui fideicommissum ignoraverunt) erwirbt die Fideicommisssache nicht, es sei denn, dass der Nachlass keine geldeswerten Gegenstände enthält, welche sich zur Befriedigung der Nachlassgläubiger

eignen. Zur Zeit des Scaevola aber, — er lebte unter Marc Aurel und war Lehrer des Papinian und Paulus — hatte das Fideicommis eine solche dingliche Wirkung nicht, sondern es bestand, wie Paulus im 4. Buch seiner Sententiae ad filium im § 18 sagt, non in vindicatione, sed in petitione. Folglich so schliesst Fitting, kann es nur das testamentarische Veräusserungsverbot sein, das die dingliche Wirkung hat.

Seuffert in seiner Schrift „Gesetzliches Veräusserungsverbot bei Vermächtnissen erklärt diese Stelle aus der missio in bona, der Einweisung in den Besitz durch die Behörde, von der Ulpian ausführlich in fr. 5 Dig. ut in possessionem legatorum 36, 4 handelt. Auch um die Fideicommisse zu sichern, wurde die missio gegeben, nicht bloss gegen den heres oder legatarius, sondern auch gegen den Erwerber, der beim Erwerbe um die Fideikommisqualität gewusst hatte. Obige fr. 38 pr. D. de legat. III^{0} scheint ja dagegen zu sprechen, sie gibt die missio auch gegen den gutgläubigen Erwerber. Aber Scaevola selbst erklärt an anderer Stelle (fr. 89 § 7 Dig. de legat. II^{0}), dass propter justam ignorantiam das praedium fideicommissum vom Erwerber nicht vindiziert werden könne.

Ausserdem sagt Paulus Sentent. IV. § 15: „Rem fideicommissum si heres vendiderit, eamque sciens compararit, nihilo minus in possessionem eius fideicommissarius mitti jure desiderat.“ Auch Ulpian in fr. 5 § 5 D. ut in possessionem legat. 36,4 betont ausdrücklich, dass die missio in possessionem nur Platz greift, wenn der Erwerber die Fideikommiss-

oder Legateigenschaft kannte: „Qui in possessionem legatorum servandorum causa (und dies umfasst nach dem principium dieser lex auch das Fideicommiss) mittitur, in possessionem quidem rerum hereditarium omnimodo veniet, hoc est earum, quae in causa hereditaria manent: earum autem, quae in causa hereditaria non erunt, non alias mittitur, quam si dolo malo in ea causa esse desierint, nec semper, sed causa cognita." Die letzten Worte „non alias mittitur, quam si d o l o m a l o in ea causa esse desierint, nec semper sed c a u s a c o g n i t a" sprechen es deutlich aus, dass die missio in possessionem nur bei dem Erwerber der z. Z. des Erwerbes um die fideicommissarische Vererbung der Sache wusste, gewährt werden kann.

Alle diese Stellen widerlegen den in fr. 38 pr. D. de legat. III° enthaltenen Satz. Als eine Anomalie empfand ihn auch schon Cujacius und suchte durch Einschiebung eines, „non" vor „ignoraverunt" die Stelle zu berichtigen.

Auch hinsichtlich der Schlussworte dieser lex „si non aliud erat in hereditate, debitum exsolvisset" scheint mir die Stelle verderbt zu sein. In der Person des heres sah das römische Recht eine Fortsetzung der Rechtsperson des Erblassers: ebenso ungern wie das römische Recht den Eigentümer oder sonst Berechtigten in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt sehen wollte, ebenso wenig sollte auch der Erbe beschränkt sein; er sollte mit dem Moment des Erbschaftsantritts freier Herr des ererbten Nachlasses werden. Wie sehr sträubte sich das römische Rechtsbewusstsein gegen die Einführung der Nacherbschaft und welche Mittel

wurden nicht versucht, um sie aufrecht zu erhalten! Semel heres semper heres! Um eine vom testator gewünschte Einschränkung in der Verfügungsfreiheit des heres zu erreichen, bot das Recht wenige streng formelle Mittel. Waren sie nicht genau beobachtet, so wurde dem Wunsche des testator rechtlich keine Bedeutung beigelegt, und der heres war freier Herr seiner Erbschaft. Wenn wir uns nun weiter vergegenwärtigen, dass bezüglich des vertragsmässigen Veräusserungsverbotes noch Pomponius schreiben konnte: „nemo paciscendo id efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet", dass also z. Zeit des Antoninus Pius nicht einmal ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot, unter Lebenden, bindend abgeschlossen werden konnte: da erscheint es doch sonderbar, dass unter dem folgenden römischen Kaiser das testamentarische Veräusserungsverbot mit dinglicher Kraft ausgestattet sein sollte. Meiner Meinung nach ist der Text dieser lex, wie er uns vorliegt, unhaltbar, vielleicht sind die Worte „si non aliud erat in hereditate unde debitum exsolvisset" ein Zusatz seitens eines Kopisten, der von anderen übernommen ist, und deshalb zu streichen.

Fitting beruft für seine Meinung noch auf eine zweite Stelle, l. 2 Cod. de usucapione pro emptor. 7, 26: „Si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus ervari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi non potuerunt." Da Fitting an dieser Stelle ein Fideikommis nicht erblickt, so muss es das

testamentarische Veräusserungsverbot sein, das die alienatio durch Usukapion ausschliesst; einen genügenden Grund dafür, dass das Veräusserungsverbot kein nudum praeceptum ist, sieht Fitting in den Worten „propter perfectae artis peritiam“ ausgedrückt.

Pernice ist anderer Meinung. Er erblickt in dieser lex eine fideikommissarische Vererbung der servi, und dabei mag an die ähnlich lautende l. 2, Cod. qui non possunt ad libertatem 7, 12 gedacht haben: um den Erben die hervorragenden Eigenschaften und Kunstfertigkeiten seiner Sklaven zu erhalten, hat der testator diese fideikommissarische Vererbung angeordnet, nicht das Veräusserungsverbot, sondern das Fideikommiss macht die Sklaven unveräusserlich.

Windscheid sieht in dieser Stelle nicht ein Fideikommis, auch kein testamentarisches Veräusserungsverbot wie Fitting, sondern er erklärt sie aus der Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt. Eine solche Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Vormundes ist ebenso gut erlaubt, wie umgekehrt es dem parens nach fr. 1, § 2 Dig. de reb. eor. qui sub tutela 27, 9 gestattet ist, den Vormund von den gesetzlichen Veräusserungsbeschränkungen hinsichtlich der praedia rustica und suburbana testamentarisch zu befreien. Die Einwendungen, die Fitting gegen diese Erklärung Windscheids macht, scheinen mir nicht einleuchtend.

Andere, so Vangerow, Pandekten I, § 318, Seuffert, Veräusserungsverbote S. 27 und andere, finden in dieser Konstitution eine Sonderbestimmung des Sklavenrechtes, ebenso wie in den oben citierten

fr. 9, § 2 Dig. qui et a quibus manumissi 40, 6, fr. 4, § 9 Dig. de manumission 40, 1. Dass sich in Rom ein vom allgemeinen Privatrechte in einzelnen Punkten verschiedenes Sklavenrecht herausgebildet hatte, ist bei der enormen Sklavenwirtschaft, wie sie sich seit Sullas Zeiten entwickelt hat, ganz begreiflich. Als eine Singularität des Sklavenrechtes die Stelle aufrecht zu erhalten, scheint mir die richtige Lösung zu sein. Denn es wäre nicht einzusehen, weshalb das testamentarische Verbot Sklaven zu veräussern weniger stark wirken soll, als das testamentarische Verbot Sklaven zu manumittieren. Letzteres Verbot wird verschiedentlich in den Quellen bestätigt; warum sollte denn das erstere Verbot nicht auch giltig sein?

Die dingliche Wirkung, die Fitting aus den angezogenen Quellenstellen für das testamentarische Veräusserungsverbot in Anspruch nimmt, müssen wir ablehnen. Im vorjustinianeischen Rechte nun war das Fideikommiss nicht durch dingliche Klagen, sondern nur durch persönliche Klagen geschützt, wie Paulus deutlich ausspricht; selbst die gegen den Erwerber der Fideikommisssache, dem die Fideikommisseigenschaft bekannt war, gewährte missio in possessionem gab dem Eingewiesenen kein dominium, sondern eine Art Pfandrecht: nec tam possessio rerum ei quam custodia datur (fr. 5 pr. Dig. ut in possessionem legatorum 36, 4). Deshalb konnte man im vorjustinianeischen Rechte auch aus der fideikommissarischen Vererbung keinen dinglich wirkenden Anspruch herleiten. Erst nachdem Justinian Fideikommiss und Legat miteinander verschmolzen hatte, hatte der mit dem Fideikommiss

Bedachte neben persönlichen Klagen auch die dinglichen Ansprüche. Und so hatte sich die Rechtslage für das gemeine Recht der Art gestaltet, dass die Fideikommisssache dem Bedachten dinglich verhaftet war; ein vom testator beigefügtes Veräusserungsverbot aber hatte diese Wirkung nicht und war überflüssig.

Vielmehr hat das testamentarische Veräusserungsverbot nur obligatorische Wirkung, vorausgesetzt, dass es nicht als nudum praeceptum nichtig ist. Belegstelle hierfür ist fr. 69, § 3 de legatis 31. „Frater herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur, si non paruerit heres voluntati, sed domum alienaverit vel extero herede instituto decesserit, omnes fidei commissum petent qui in familia fuerunt . . . quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata, nulla quidem eo nomine nascetur condictio, sed, si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiae competit," ferner fr. 77, § 27 hoc titulo.

Danach ist dem Interessenten eine persönliche Klage gegeben. Auch Puchta ist dieser Ansicht, dass das testamentarische Veräusserungsverbot nur obligatorische Wirkung erzeugt.

Resumieren wir das in diesem Abschnitt Gesagte, so gelangen wir zu dem Resultat, dass das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot regelmässige obligatorische Wirkung hat und nur in den Ausnahmefällen des Sklavenrechtes, die heute nicht mehr praktisch sind, dem pactum de non cedendo und in fr. 7 § 2 Dig. de pignor. distract. 20,5 enthaltenen Falle dingliche Kraft besitzt.

§ 7.

Consequenzen aus der trotz des Verbotes erfolgten Veräusserung.

Wie würde sich nun die Lage gestalten, wenn der mit dem Veräusserungsverbot Belastete trotzdem das Recht veräussert? In den Ausnahmefällen, in denen die dingliche Wirkung des Veräusserungsverbotes eintritt, erwirbt der Erwerber das Recht nicht, der mit dem Veräusserungsverbot Belastete kann sich des Rechtes nicht entledigen, er muss es behalten, ob er will oder nicht. Deshalb kann er das Recht auch vom Erwerber vindicieren, selbst wenn der Erwerber bona fide erworben hatte. Denn ein Erwerb in gutem Glauben, wie er in dem heutigen Rechte des BGB. herrschend ist, war dem römischen und gemeinen Rechte unbekannt. Da auch das obligatorische Rechtsgeschäft, durch welches sich der Belastete dem Erwerber gegenüber verpflichtet zu veräussern, nichtig ist, so kann der Erwerber dem Belasteten gegenüber auch nicht z. B. die exceptio rei venditae et traditae entgegenhalten, muss vielmehr die Sache wieder herausgeben. Doch ist diese Ansicht bestritten. Aber mit Unrecht, der gleichen Ansicht sind auch Kohler, Abhandlungen S. 222, Schröder, gesetzliche Veräusserungsverbote S. 14 und S. 171. Natürlich, das ist eine zweite Frage und sie ist zu bejahen, hat der Erwerber, der von dem Bestehen des Veräusserungsverbotes nichts wusste, einen Anspruch auf Entschädigung. Aber die Sache selbst ist herauszugeben. Auch die usucapio ist ausgeschlossen, wenn der Veräusserer

sie zur Umgehung des Veräusserungsverbotes zulässt, denn nur in dieser Ausdehnung kann die Rechtsordnung mit dem dinglich wirkenden Veräusserungsverbot das gewünschte wirtschaftliche Ziel erreichen.

Die andere mögliche Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes, und sie bildet die Regel, ist die obligatorische. Nicht Ungiltigkeit der zuwiderlaufenden Veräusserung ist ihre Folge; diese bleibt vielmehr vollgiltig: Das Eigentum geht über, die Servitut, der ususfructus, das Pfandrecht werden vom Erwerber gewonnen. Selbst dann wenn der Erwerber im Moment des Erwerbes das Bestehen des Veräusserungsverbotes kannte, kann ihm das erworbene Recht nicht wieder abvindiziert werden. Dem Dritten gegenüber hat das mit obligatorischer Kraft ausgestattete Veräusserungsverbot keine Wirksamkeit.

Wohl aber dem Veräusserer gegenüber. Dieser hat sich beim pactierten Veräusserungsverbot, in Rom geschah dies durch Stipulationsform, im gemeinen Recht durch formlose Verabredung, verpflichtet die Veräusserung zu unterlassen. Handelt er diesem pactum entgegen, so ist er nach den allgemeinen Grundsätzen über die Obligationen dem Gegner zum Ersatz des Schadens verpflichtet. Zu ersetzen ist: „id quod interest", das ist das volle Interesse, das der Gegner an der Einhaltung des pactum hatte.

In erster Linie wird der Schade Vermögensschade sein. Dafür liefern Beispiele fr. 135 § 3 Dig. de verbor. oblig. 45,1 fr. 21 § 5 Dig. de actionibus int. emptor. et venditor. 19,1. Um sich den Nachweis des wirklich erlittenen Schadens, was nicht immer

leicht sein wird, zu ersparen, bleibt es den Parteien unbenommen, eine Konventionalstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung sich auszubedingen, welche dann als Minimalschaden eingeklagt wird. Aber dabei ist nicht zu vergessen, dass der Kläger nicht aus dem pactum de non alienando, sondern aus der selbständigen Nebenabrede der Konventionalstrafe klagt.

Beim testamentarischen Veräusserungsverbot bekommt der, zu dessen Gunsten das Veräusserungsverbot vom testator eingefügt ist, einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen den heres oder legatarius, der veräussert.

Wie nun aber, wenn ein Vermögensschaden nicht nachgewiesen werden kann und die Parteien es unterlassen haben, eine Konventionalstrafe zu stipulieren?

Damit kommen wir an die Frage heran: Kann überhaupt eine Obligation entstehen, wenn ein Vermögensinteresse nicht vorhanden ist? Auf diese grosse gemeinrechtliche Streitfrage müssen wir, wenn auch nur mit zwei Worten, eingehen. Seit Savigny's Zeiten lehrte man (auch Vangerow, Wächter) zu dem Wesen einer Obligation gehöre es, dass die versprochene Leistung Vermögensinteresse für die Beteiligten habe; dieses unterscheide die mit Klagbarkeit ausgestattete Obligation von den täglichen sonstigen Versprechungen, die des rechtlichen Schutzes entbehren, z. B. dem Versprechen einen Spaziergang mitzumachen. Unter Vermögensinteresse verstanden Savigny und Wächter solche Vermögens-

leistungen, die eine direkte Vermehrung des Vermögens herbeiführen. Andere, so Dernburg, sahen eine der „Vermögenssphäre“ angehörende Leistung dann als vorhanden an, wenn es sich „um Dinge handelt, die im Verkehr für Geld zu haben sind“. Arndt's in seinen Pandekten § 202 verlangt, dass sich an die versprochene Leistung ein „vermögensrechtliches Interesse knüpfen soll, dessen Gewährung den Gegenstand gerichtlicher Verfolgung und Verurteilung des Verurteilten abgeben kann;“ er stützt sich dabei besonders auf fr. 9 § 2 D. de statu liberis 40,7.

Dieser Auffassung, das Vermögensinteresse sei Wesensmerkmal der Obligation, trat zuerst Windscheid in seinen Pandekten II § 250 Anm. 3 entgegen und leugnete vor allem für das heutige gemeine Recht das Erfordernis des Vermögensinteresses. Ihm traten als die hervorragendsten Gelehrten bei: Pernice in seinem Labeo III S. 172—195, Ihering in seinem Jahrbuch Bd. 18 S. 43, Kohler „Obligationsinteresse“ im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12: sie alle gelangen durch eingehende Exegese der einschlägigen Quellenstellen zu dem Resultat, dass ein zwingender Grund für die Annahme, für die Obligation bedürfe es eines Vermögensinteresses, aus ihnen nicht zu entnehmen sei.

Meiner Meinung nach ist den Ausführungen Windscheids, Pernices etc. beizupflichten und die gegnerische Ansicht zu verwerfen. Warum sollten bei dem heute herrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit die Kontrahenten nicht in der Lage sein, jede Leistung

zum Gegenstande eines obligatorischen Versprechens zu erheben? Die Befürchtung, dass die Anerkennung dieses Satzes zu den grössten Unzuträglichkeiten führen könnte, ist unbegründet: denn einmal lässt sich gerichtlich im Wege der Zwangsvollstreckung nicht jedes Versprechen erzwingen, wie z. B. das Versprechen nicht rauchen zu wollen, vielmehr wäre der Gegenkontrahent auf Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches angewiesen, was in den wenigsten Fällen möglich wäre; und sodann wären viele solcher Versprechungen wie das Versprechen, seinen Glauben nicht ändern zu wollen, weil unsittlich, nichtig, sodass darin die Rechtsordnung eine genügende Schranke für die Vertragsfreiheit der Parteien gesteckt hat. Ich halte an der Ansicht fest, dass eine Obligation ohne Vermögensinteresse gültig entstehen kann.

Der an dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbot Interessierte hat einen Anspruch auf Unterlassung der alienatio. Handelt der Belastete dem zuwider und veräussert er die Sache, so kann der Interessent zunächst im Wege der einstweiligen Verfügung sich sichern. Voraussetzung hierfür aber ist, dass das Recht noch nicht auf den Erwerber übergegangen ist. Z. B. in dem Falle der Veräusserung eines Gemäldes, das laut Rechtsgeschäft nicht veräussert werden sollte, ist der Kaufkontrakt mit dem Erwerber bereits abgeschlossen, aber der Kaufpreis ist noch nicht gezahlt; da nach gemeinem Rechte das Eigentum an der verkauften Sache erst mit der Zahlung des Kaufpreises übergeht, so kann das Gemälde noch durch richterliches Veräusserungsverbot, eben durch die einstweilige Verfügung

der Veräusserung entzogen werden, und diese Verfügung wirkt dinglich.

Ist aber die Sache schon veräussert, so ist auch ein richterliches Veräusserungsverbot nicht im stande die Sache zu halten, und der Interessent ist auf den Schadensersatzanspruch allein angewiesen. Hat er sich vorsichtigerweise eine Konventionalstrafe versprechen lassen, so tritt diese an die Stelle des Minimalschadens (fr. 41, fr. 42, fr. 71 Dig. pro socio 17,2). Wenn nicht so muss der Interessent den erlittenen Schaden beweisen. Kann er das nicht, also im Fall des blossen Affektionsinteresses, so kann er die Sache vom Erwerber zurückkaufen und vom Veräusserer Ersatz des gezahlten Preises fordern. Ist aber diese Restitution des früheren Zustandes nicht möglich, sei es dass der jetzige Eigentümer nicht will oder nicht kann, dann ist leider dem Interessenten von Rechtswegen nicht zu helfen.

Wir sehen, praktisch gewährt das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nicht sonderlich grosse Vorteile; oft ist der Nachweis eines Schadens sehr schwer. Deshalb ist jedem, der die Weiterveräusserung eines Rechts nicht wünscht, dringend zu raten, wenn er nicht eine Konventionalstrafe sich versprechen lassen will oder kann, für sich eine resolutive Bedingung beizufügen, sodass in dem Moment der Veräusserung das Eigentum an den Interessenten zurückfällt und nicht auf den Erwerber übergeht. Dieses Hülfsmittel zu wählen legt schon l. 3 Cod. de condictione ob causam dator. 4, 6 nahe mit den Worten: „. . . si non fuerit condicio servata . . .“

II. Teil.

Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 8.

Begriff des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes.

Im ersten Hauptteile unserer Arbeit hatten wir uns mit dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbot nach gemeinem Rechte beschäftigt. Nunmehr bleibt uns für den zweiten Teil unserer Darstellung noch übrig, das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot unter der Herrschaft des BGB. zu betrachten.

Das römische Recht hat hinsichtlich der allgemeinen Lehren des Privatrechts so gemeingiltiges geleistet, dass dieselben zum grössten Teile in das BGB. übernommen worden sind. Deshalb wird, was besonders die Erörterungen über das Wesen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes betrifft, die folgende Darstellung nicht viel mehr als eine Rekapitulierung des im ersten Teile Gesagten sein, und darum kann ich mich kurz fassen.

Was zunächst den Begriff des Veräusserungsverbotes im neuen Reichsrecht angeht, so haben wir

denselben enger zu fassen als bisher im gemeinen Recht. Was das römisch-gemeine Recht unter alienatio verstand, jede wissentliche und willentliche Herbeiführung eines Rechtsverlustes, sei es durch Thun oder Unterlassen, das ist im BGB. mit dem Worte „Verfügung“ gemeint. (Planck Kommentar zum BGB. I, S. 148).

Die Verfügung kann nun sein entweder die Übertragung eines Rechtes auf einen anderen, und das bezeichnet das BGB. technisch als „Veräusserung“, oder die Aufgabe eines Rechtes ohne Übertragung (Verzicht), oder drittens was man im gemeinen Rechte unter konstitutiver Übertragung verstand, die Schaffung eines neuen Rechtes aus der Summe der dem Berechtigten zustehenden Rechtsbefugnisse und die Übertragung auf den Erwerber (Belastung). Einen Beweis dafür, dass die konstitutive Übertragung nicht identisch ist mit „Veräusserung“ liefert der Wortlaut des § 436: „Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräussern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig.“ (vergl. dazu Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I § 52).

Begrifflich umfasst also die Veräusserung im Sinne des BGB. nur die Übertragung eines fertig vorhandenen Rechtes auf einen anderen; mithin würde das Veräusserungsverbot auch nur das Verbot der Übertragung eines Rechts bedeuten, sodass der Verzicht und die Belastung von dem Veräusserungsverbot nicht berührt werden. Die Konsequenz, so bedauerlich es ist, wird sein, dass der mit einem Veräusserungsverbot Belastete dasselbe durch Verzicht leicht umgehen kann.

Wie das gemeine Recht teilt auch das BGB. die Veräusserungsverbote ein in gesetzliche, richterliche und rechtsgeschäftliche. Unter die ersteren fallen die Veräusserungsverbote, welche unabhängig, oft sogar gegen den Willen der Beteiligten durch positive Rechtsnorm die Unveräusserlichkeit eines Rechtes bestimmen. wie z. B. § 400 die Unveräusserlichkeit einer unpfändbaren Forderung. Als richterliche Veräusserungsverbote fasst das Gesetz die Veräusserungsbeschränkungen zusammen, welche nicht allgemein durch Gesetz schon bestimmt sind, sondern im konkreten Falle durch das Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde zur Entstehung gebracht werden, z. B. die einstweilige Verfügung. Die dritte Art bilden die durch Rechtsgeschäft entstandenen Veräusserungsverbote; sie sind dem Berechtigten nicht von aussen her durch das Gesetz unmittelbar aufgebürdet, sondern freiwillig hat er sich denselben unterworfen.

Ihrer Wirkung nach teilt man die Veräusserungsverbote ein in solche mit dinglicher und solche mit obligatorischer Wirkung. Entweder prägt das Veräusserungsverbot dem Rechte selbst die Unveräusserlichkeit auf, und das ist beim gesetzlichen und gerichtlichen Veräusserungsverbot der Fall; oder es obligiert den Verpflichteten zur Nichtveräusserung, erfasst aber das Recht nicht selbst, und die Kraft ist dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbot eigentümlich.

Nun zum rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote im einzelnen. Seinem Begriffe nach ist es das auf Privatwillen beruhende Verbot der Übertragung eines Rechtes auf eine andere Person.

§ 9.

Wesen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes.

Es ist demnach ein Rechtsgeschäft und zwar ein selbständiges Rechtsgeschäft. Auf zweierlei Weisen kann es entstehen, entweder einseitig durch Testament oder zweiseitig durch vertragsmässige Vereinbarung der Beteiligten. Die Statuierung eines letztwilligen Veräusserungsverbotes durch Codizill ist heute nicht mehr möglich, da das BGB. zwischen Testament und Codizill nicht unterscheidet. Wohl aber kann heute durch Erbvertrag ein Veräusserungsverbot entstehen (§ 1941, § 2278). Als Rechtsgeschäft bedarf es zu seinem giltigen Entstehen, dass die allgemeinen Erfordernisse erfüllt sind. Willen der Partei oder der Parteien, Erklärung des Willens in der gehörigen Form und Einhalten der durch die Rechtsordnung gezogenen Schranken.

Beim testamentarischen Veräusserungsverbot muss der Testierende, beim vertragsmässigen müssen die Beteiligten den Willen zum Abschluss des Rechtsgeschäftes haben. Beim vertragsmässigen Veräusserungsverbote muss vor allem der Belastete handlungsfähig sein, weil das Veräusserungsverbot allemal onerierend ist. Der Gegenkontrahent dagegen kann beschränkt geschäftsfähig sein, wenn das Geschäft ihm lediglich Vorteil bringt. Beim testamentarischen Versäusserungsverbot muss der Belastende die Testierfähigkeit haben, regelmässig volljährig sein ; und wenn er das 16. Lebensjahr vollendet hat, kann er zu Protokoll des Richters

oder Notars giltig ein solches Verbot erklären (§§ 2229, 2238). Fehlt es an dem Willen oder liegt via absoluta vor, so ist das Veräusserungsverbot nichtig.

Der Wille bedarf der Erklärung, da derselbe, ohne erklärt zu sein, rechtlich unbeachtlich ist. Und zwar ist er in der gehörigen Form zu erklären. Entsprechend dem Prinzip der Formfreiheit wird regelmässig jede mündliche Verabredung ein Veräusserungsverbot zustande bringen. Aber eine Ausnahme macht das testamentarische Veräusserungsverbot, das eine Testamentsform verlangt; sodann können die Beteiligten eine strengere Form vereinbaren: z. B. Schriftlichkeit.

Wie nun, wenn Wille und Erklärung auseinandergehen? Im Falle der Mentralreservation würde nach § 116 der geheime Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, nutzlos, das Erklärte also giltig sein, wenn der Gegner die reservatio mentalis nicht kennt. Das simulierte Veräusserungsverbot dagegen ist, da auf beiden Seiten der wahre Wille nicht vorhanden ist, nichtig. Häufiger in der Praxis wird das im Scherze auferlegte Veräusserungsverbot sein, es ist nach § 118 ebenfalls nichtig, weil nicht gewollt. Es wird aber in der praktischen Anwendung schwer sein festzustellen, wenn ein scherzweise ausgemachtes Veräusserungsverbot anzunehmen ist.

Den bedeutendsten Fall des Auseinandergehens von Wille und Erklärung bildet das irrtümlich abgeschlossene Veräusserungsverbot: der Erklärende wollte garnicht ein Veräusserungsverbot abschliessen oder nicht hinsichtlich des Objektes. Das BGB.

gewährt im § 119 dem Erklärenden zur Beseitigung seiner Erklärung ein Anfechtungsrecht, verpflichtet ihn aber gleichzeitig nach § 122, dem Gegenkontrahenten das negative Interesse oder, wenn dies höher als das positive Interesse sein sollte, bis zur Höhe des letzteren den Schaden zu ersetzen; diese Ersatzpflicht versagt aber, wenn auf gegnerischer Seite der Irrtum bekannt war oder hätte bekannt sein müssen. Ebenso anfechtbar ist nach § 123 das Veräusserungsverbot, wenn es durch Drohung oder Betrug zustande gebracht worden ist.

Als viertes allgemeines Erfordernis muss das Veräusserungsverbot die Schranken des rechtlich und sittlich Erlaubten einhalten. Es darf nicht aus unlauteren Motiven heraus und nicht in übermässiger Weise den Belasteten binden.

Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot ist ein selbständiges Rechtsgeschäft. Es kann, und das wird die Regel bilden, zugleich neben einem anderen Rechtsgeschäft z. B. Kauf oder Schenkung vereinbart werden; ebensogut ist sein Abschluss auch nachträglich denkbar. Aus der selbständigen Natur folgt unter anderem, dass es nicht an die für das andere gleichzeitig mit ihm abgeschlossene Geschäft erforderlichen Formvorschriften gebunden ist; so ist nicht zu seinem giltigen Entstehen notarielle oder gerichtliche Beurkundung nötig, wenn es beim Kaufe eines Grundstücks ausbedungen wird.

Die Frage, welche Rechte von einem Veräusserungeverbote betroffen werden können, ist ebenso wie im gemeinen Rechte zu beantworten. Das obige Ergebnis war, dass nicht notwendig nur Vermögens-

rechte den Gegenstand des Veräusserungssverbote bilden können; auch bei Familienrechten ist ein Verbot der Übertragung denkbar, wenn es auch in der Praxis nicht vorkommen wird.

Voraussetzung hierfür ist, dass das Recht, welches von dem Veräusserungsverbot betroffen wird, an sich die Eigenschaft der Übertragbarkeit hat. In dieser Ausdehnung sollte der Satz für das BGB. nicht gelten. Der Entwurf I zum BGB. wollte das Veräusserungsverbot nur auf dingliche Rechte an Grundstücken und beweglichen Sachen angewendet wissen, indem er in § 796 sagte, dass die Befugnis desjenigen, dem das Eigentum oder ein anderes Recht an einer Sache zusteht, über sein Recht zu verfügen, durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt. Das BGB. aber hat das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot auf alle veräusserlichen Rechte, Forderungen und Rechte anderer sowie auf Urheberrechte ausgedehnt. Es scheiden von vornherein die höchstpersönlichen Rechte, wie das Recht auf Namen, Titel, Ehre etc. aus, weil sie ihrer Natur nach fest mit dem Einzelindividuum verknüpft sind, dass das Recht nicht zum Gegenstande des Verkehrs gemacht werden kann. Das Gleiche gilt von den aus dem Rechtsverhältnis der Ehe entspringenden Rechten. Nicht übertragbar sind die Urheberrechte in ihrer persönlichen Seite, verschieden von der vermögensrechtlichen Seite, dem Rechte auf Vervielfältigung und Verbreitung eines Schriftwerkes; desgleichen unveräusserlich sind die Forderungsrechte, welche durch die Veräusserung

in ihrem Inhalt verändert werden (§ 399). Weiter sind auszusondern die Rechte, die durch positive Rechtsvorschrift der Übertragungsfähigkeit entkleidet sind, so ist z. B. nach § 847 der Alimentationsanspruch für nicht übertragbar erklärt, ferner § 1300, II.

Derjenige, der nicht veräussern soll, muss das Recht zu eigen erworben haben. Nach gemeinem Rechte war die Nichtannahme einer Erbschaft seitens des berufenen heres keine alienatio, weil der heres noch nicht acquiriert hatte. Das ist im BGB. anders geworden; hier wird man ipso jure Erbe sofort mit dem Tode des Erblassers, allerdings unbeschadet des Rechtes, die Erbschaft auszuschlagen. Schlägt ein Erbe aus, so macht er nach dem BGB. eine Verfügung, die sich nicht als Veräusserung im technischen Sinne, sondern als Verzicht charakterisieren wird. Nach der Meinung von Brütt in seiner oben citierten Schrift über das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot liegt hier eine Entäusserung eines Vermögensrechtes vor. Bestärkt wird Brütt durch § 9 der Konkursordnung, nach welchem es dem Gemeinschuldner, nicht dem Konkursverwalter gestattet ist, eine vor Eröffnung des Konkursverfahrens angefallene Erbschaft oder Vermächtnis auszuschlagen, ohne dass die Konkursgläubiger mit der Anfechtungsklage die Ausschlagung beseitigen und die Erbschaft in die Masse ziehen könnten. Brütt sieht hierin eine Singularität: weil die Lage der Konkursgläubiger durch solche Zufälligkeit nicht verbessert werden soll; ausserdem wäre, wenn diese Bestimmung nicht singulär wäre, dieselbe garnicht aufgenommen. Dabei ist aber nicht an die

§§ 1953, I und 2180, III des BGB. gedacht, die lauten: „Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt", und § 2180, III wiederholt dasselbe für das Vermächtnis. Der Sinn dieser Worte ist unzweifelhaft der, dass der Erwerb der Erbschaft oder des Vermächtnisses als nicht geschehen gilt, der Ausschlaggebende ist nach der fictio legis nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer geworden. Er kann nicht veräussern. Die Bestimmung der Konkursordnung im § 9 ist nicht Singularität, sondern eine Wiederholung dieser Paragraphen für das Konkursrecht, wo diese Frage besonders häufig und brennend ist. Gemeinrechtlich musste dies bestimmt werden und war dort eine Singularität; heute liegt der Satz allgemein ausgesprochen im § 1953, I.

Für das BGB. gilt nicht mehr der gemeinrechtliche Satz: „non alienat qui dumtaxat omittit possessionem", weil der Besitz ein faktisches Verhältnis war. Im BGB. ist der Besitz ein Recht geworden. Allerdings besteht auch heute noch der grosse Streit, ob der Besitz eine Thatsache oder ein Recht ist. Dernburg, Cosack und andere sind für die thatsächliche Natur des Besitzes. Der Besitz ist eine Thatsache, an welche sich Rechte knüpfen können. Aber wohl mit Unrecht. Die Bestimmung des § 855, dass der Besitz auf die Erben übergeht, spricht deutlich genug aus, dass der Besitz als ein Rechtsverhältnis anerkannt ist. Denn es wäre nicht denkbar, dass sich eine Tatsache vererben liesse.

§ 10.

Wirkung des vertragsmässigen Veräusserungsverbotes.

Im Vorstehenden hatten wir den Begriff und das Wesen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbots kennen gelernt. Nunmehr treten wir der Hauptfrage näher: Welches ist die Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes?

Um diese schärfer hervorheben zu können, wollen wir ihr die beiden anderen Arten der Veräusserungsverbote gegenüberstellen. Das gesetzliche, also das auf positiver Rechtsvorschrift beruhende Veräusserungsverbot ist auch im BGB. mit dinglicher Kraft ausgestattet. Das liegt im § 134, der sagt: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches (also auch gesetzliches Veräusserungs-) Verbot verstösst, ist nichtig, soweit sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergiebt". Das entgegen dem Veräusserungsverbot vorgenommene Veräusserungsgeschäft ist demnach nichtig. Der Veräusserer kann nach erfolgter Übergabe sogar die Sache vindizieren, auch wenn der Erwerber im Momente des Erwerbes im guten Glauben sich befunden hat. Auch das Rechtsgeschäft, durch das sich der mit dem Veräusserungsverbot Belastete zur Veräusserung verpflichtete, z. B. Kauf, Schenkung, ist nichtig. Denn sonst würde § 137 nicht die ausdrückliche entgegengesetzte Bestimmung enthalten. Ist dagegen das setzliche Veräusserungsverbot nur im Interesse einzelner Personen entlassen (also, müssen wir für den § 134 folgern, muss das dort behandelte Veräusserungs-

verbot im allgemeinen öffentlichen Interesse erlassen sein) dann ist nach § 135 die zuwiderlaufende Veräusserung nicht schlechthin nichtig, sondern nur diesen Personen gegenüber, zu deren Schutz die gesetzliche Bestimmung normiert ist, während den anderen Personen gegenüber die Veräusserung volle Giltigkeit behält. Ein Beispiel liefert das in § 7 der Konkursordnung normierte Veräusserungsverbot. Die Veräusserung ist und bleibt giltig, bis die Konkursgläubiger sie angreifen; lassen die Konkursgläubiger sie bestehen, etwa weil der erzielte Preis ihnen lieber ist, als die verkaufte Sache selbst, so kann nicht etwa der Käufer, dem der Kauf leid geworden ist, mit dem Bemerken kommen der Kauf sei ungiltig und garnicht zustande gekommen, weil dem Verkäufer als Cridar die Veräusserungsbefugnis mangele. Einer solchen rechtsgeschäftlichen Veräusserung ist in demselben Paragraphen die Beschlagnahme durch den Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes gleichgestellt, sodass auch diese mit Hilfe des Gerichtes vorgenommenen Massnahmen den Personen gegenüber, zu deren Gunsten die Veräusserungsverbote gesetzlich bestimmt sind, ungiltig sind.

Dieser abgeschwächten Nichtigkeit legt das BGB. im zweiten Absatz des § 135 im Interesse der Verkehrssicherheit nicht die strenge Unveräusserlichkeit bei, sodass jeder Erwerber die Vindication seitens des Interessenten befürchten müsste. Sondern nach der ausdrücklichen Bestimmung des Absatzes kommen dem Erwerber die Vorschriften „zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“ zu

gute, besonders schützt ihn der gute Glaube, sodass der gutgläubige Erwerber das Recht erwirbt. In § 134 ist dieser Schutz des guten Glaubens nicht gewährt, denn sollten die Regeln über den gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten (§§ 929 ff.) allgemein für alle diese Fälle gelten, so wäre nicht zu verstehen, weshalb der § 135, II ausdrücklich diesen Zusatz enthält.

Dieselbe Kraft, wie die gesetzlichen Veräusserungsverbote zu gunsten bestimmter Personen haben die Veräusserungsverbote, die von einem Gerichte oder sonst einer zuständigen Behörde erlassen worden sind z. B. die einstweilige Verfügung. Sie sind ebenfalls relativ nichtig, haben dingliche Kraft, und auf der anderen Seite ist der gutgläubige Erwerber gegen eine Vindication gesichert.

Gegenüber diesen beiden Gruppen steht das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot. Der dasselbe behandelnde § 137 lautet: „Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt".

Das heisst: der mit einem rechtsgeschäftlichen Veräuserungsverbote Belastete kann seiner Verfügungsbefugnis über ein veräusserliches Recht durch Rechtsgeschäft nicht beraubt werden, die von ihm vorgenommene Veräusserung, diese Seite der Verfügungsbefugnis interessiert uns hier allein, ist giltig, der Erwerber erwirbt das Recht und braucht nicht die

Vindication seitens desjenigen, zu dessen Gunsten das Veräusserungsverbot vereinbart worden ist, befürchten. Selbst dann ist das veräusserte Objekt dem Erwerber nicht wieder abzunehmen, wenn er im Momente des Erwerbes das Bestehen des Veräusserungsverbotes kannte. Dingliche Wirkung hat das Veräusserungsverbot nicht.

Das ALR. war hinsichtlich der Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes weitergegangen. ALR. I, 4 § 15 sagt: „Nicht nur durch Natur oder Gesetz, sondern auch durch rechtliche Privatverfügungen können Sachen dem Verkehr entzogen werden". Hinsichtlich der Tragweite des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes gab es im ALR. keine Auslegungsregel, wie sie Justinian für das römische Recht in l. ä Cod. de reb, noualien. 4,51 aufstellt; sondern nach Sinn und Zweck des Veräusserungsverbotes war es jedesmal zu entscheiden, ob in dem Veräusserungsverbote nur das Verbot der Übertragung des Eigentums oder auch der Verpfändung oder gar die dingliche Belastung mit Servituten und ähnlichen Lasten enthalten war. Nur beim testamentarischen Veräusserungsverbote will das ALR. I. 12 § 535 jede Veräusserung und Verpfändung verstanden wissen (vergl. Dernburg Preuss. Privatr. I § 80). Dritten gegenüber wirkt das private Veräusserungsverbot, wenn es im Grundbuch eingetragen ist oder wenn es der Erwerber im Moment des Erwerbes kennt (ALR. I, 4 §§ 18, 19).

Nicht so das BGB. Allenfalls könnte die Veräusserung dadurch gehindert werden, dass dem Veräusserer gegenüber

eine einstweilige Verfügung erwirkt wird. Damit würde der Interessent ein richterliches Veräusserungsverbot mit relativ dinglicher Kraft erhalten. Aber dieser Schutz versagt einmal dem gutgläubigen Erwerber gegenüber. Sodann ist dieselbe nach § 935 CPO. nur statthaft, wenn „zu besorgen ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte". Im praktischen Leben wird aber meistens der Interessent garnichts von der bevorstehenden Veräusserung erfahren, er wird erst nachher, wenn das Objekt schon lange in andere Hände gelangt ist, die Veräusserung erfahren, und dann ist es mit der „Besorgnis" vorbei.

Bei Grundstücken ist gesetzlich eine kleine Handhabe geboten, jeden redlichen Erwerb ein für alle Male auszuschliessen, die Vormerkung im Grundbuch. Sie ist aber nicht für jedes rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot schlechthin anwendbar. Nach § 838 ist eine Vormerkung nur zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung oder Aufhebung des Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhaltes oder des Ranges eines solchen Rechtes, auch wenn die Ansprüche künftig oder bedingt sind, eintragbar. Gemeint sind damit unzweifelhaft die dinglichen Rechte. Es kann eine Vormerkung nur eingetragen werden, wenn das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot mit einem solchen Anspruch verknüpft ist. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, so würde die Sicherungsmassregel versagen. Ein solcher Fall, in dem die Eintragung

als Vormerkung im Grundbuch statthaft ist, ist die Verpflichtung des Hypothekengläubigers, bei Teilung des verhafteten Grundstücks einen Teil zu entpfänden; (Seufferts Archiv Bd. 57, 61).

Die Veräusserung entgegen dem Veräusserungsverbot behält ihre Gültigkeit. Ebenso gültig ist aber auch der Vertrag, durch den sich der Belastete zur Einhaltung des Veräusserungsverbotes verpflichtet hat. Durch die Veräusserung hat er sich des Vertragsbruches schuldig gemacht und ist aus der Obligation zum Ersatze des vollen Interesses, das der Interessent an der Nichtveräusserung hat, verpflichtet. Um sich den oftmals sehr schwierigen Nachweis eines Schadens zu ersparen, kann sich der Interessent eine Konventionalstrafe versprechen lassen, die dann an Stelle des erlittenen Mindestschadens tritt. Aber die Klage entspringt in diesem Falle nicht dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbot, dieses ist vielmehr nur rechtliche Voraussetzung für die Konventionalstrafe; sondern sie entspringt dem Versprechen der Konventionalstrafe, das zwar selbständiger Natur ist, aber doch nur im Anschluss an ein anderes Hauptgeschäft, hier Veräusserungsverbot begründet werden kann; wenn das Hauptgeschäft nicht vertragsmässig erfüllt ist, entsteht der Anspruch aus dem Versprechen der Konventionalstrafe, und insofern ist die Konventionalstrafe ein accessorium des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes.

§ 11.

Ausnahmefälle.

Der Regel nach steht das BGB. betreffs des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes auf dem gleichen Standpunkte wie das gemeine Recht: Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot erzeugt nur obligatorische Bindung. Davon haben wir im gemeinen Rechte einige Ausnahmen und diesen wollen wir uns nunmehr zuwenden.

Zunächst dem pactum, nach welchem es dem Pfandschuldner verboten ist, die Pfandsache zu veräussern. Im gemeinen Rechte, so sahen wir, hatte dieses pactum dingliche Wirkung. Das BGB. stellt sich jedoch, einmal um dem im gemeinen Rechte herrschenden Streite ein Ende zu machen, und zweitens weil es dem praktischen Bedürfnis von heute entspricht, auf den entgegengesetzten Standpunkt. Es bestimmt im § 1136, dass „eine Vereinbarung, durch die der Eigentümer gegenüber dem Gläubiger sich verpflichtet, das verpfändete Grundstück nicht weiter zu belasten oder zu veräussern, nichtig ist". Eine solche Abrede ist also nichtig: nicht blos die entgegen dem Vertrage vorgenommene Veräusserung ist giltig, sondern, und davon geht dieser Paragraph über die in § 137 Satz 2 ausgesprochene Regel hinaus, die Vereinbarung selbst erzeugt nicht einmal eine Obligation, sodass der Veräusserer, wenn er weiter belastet oder veräussert, nicht ersatzpflichtig wird. Sogar eine für den Fall der Veräusserung versprochene Konventionalstrafe ist nach § 344 nichtig und ohne Wirkung, selbst wenn die

Parteien zur Zeit der Vereinbarung die Ungültigkeit dieses Veräusserungsverbotes kannten und eben für den Fall die Strafe sich ausbedangen, es ist eine Konsequenz aus der accessorischen Natur der Vertragsstrafe. Dem Hypothekengläubiger aber ist es unbenommen, sich für den Fall der Veräusserung des verhafteten Grundstücks ein sofortiges Kündigungsrecht seines hypothekarisch gesicherten Darlehns auszubedingen.

Nach dem Wortlaut des § 1136 ist diese Bestimmung über die Ungültigkeit eines solchen Veräusserungsverbotes auf Fahrnis nicht ausgedehnt. Es ist auch garnicht erforderlich, da heute ein Pfandrecht an einer Fahrnissache nur als Faustpfand, verbunden mit Pfandbesitz, entstehen kann. Zur Veräusserung des Eigentums oder Bestellung eines Pfandrechtes bedarf es regelmässig der Besitzübertragung, und diese ist nicht möglich, weil der Pfandgläubiger die Sache in seinem Besitze hat. Denkbar wäre die Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache nach § 936 zum Zweck der Eigenübertragung. Aber nach § 936, II erlischt das Pfandrecht selbst dann nicht, wenn der Erwerber in gutem Glauben den Anspruch auf Herausgabe sich hat abtreten lassen, sodass die Sache dem Pfandgläubiger doch noch verhaftet bleibt.

Einige Besonderheiten gelten für die kraft Gesetzes ohne Pfandbesitz entstehenden Pfandrechte. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters entsteht auch ohne Vertrag mit dem Einbringen der pfändbaren Mobilien des Mieters oder Pächters und endigt nach § 560 mit der Entfernung der Sachen vom

Grundstücke. Werden die Sachen jedoch gegen Wissen und Willen des Vermieters oder Verpächters entfernt, so bleibt, falls der Vermieter oder Verpächter nicht die Entfernung der Sachen gestatten muss, etwa weil es im Wirtschaftsbetrieb des Mieters oder Pächters liegt, das Pfandrecht bestehen. Dieses Recht ist aber an eine Ausschlussfrist von einem Monat gebunden, von dem Tage an gerechnet, an welchem der Vermieter oder Verpächter Kenntnis von der Entfernung der Sachen, nicht erst von dem Tage an, an welchem er Kenntnis von dem neuen Aufenthalt der Sachen erlangt hat. Für das Pfandrecht des Unternehmers beim Werkvertrage gilt die allgemeine Regel oben, da nach § 647 das Pfandrecht nur an den im Besitze des Unternehmers befindlichen Sachen des Bestellers entstehen und bestehen kann. Das Pfandrecht des Gastwirtes an den eingebrachten Sachen des Gastes ist entsprechend dem Pfandrecht des Vermieters geregelt: sind die Sachen wider Wissen und Willen des Gastwirtes aus dem Gasthause entfernt, so erlischt damit das Pfandrecht noch nicht, sondern der Gastwirt kann binnen 1 Monat vom Tage der erlangten Kenntnis der Entfernung an die Sachen sich zurückholen (§ 704). Ausserdem gibt es im Handelsrechte noch einige Besonderheiten, die aber ausserhalb des Rahmens unserer Arbeit liegen.

Doch nicht ausnahmelos führt das BGB. das Prinzip der obligatorischen Kraft des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes durch. Eine Ausnahme bietet uns § 399, der lautet: „Eine Forderung kann nicht abgetreten (also auch nicht veräussert) werden,

wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist". In diesem Falle ist die Veräusserung der Forderung wie beim gemeinrechtlichen pactum de non cedendo nichtig, das Eigentum an der Forderung geht nicht auf den Erwerber über. Voraussetzungen dieser Gesetzesvorschrift sind einmal, nnd das ist selbstverständlich, dass eine giltige Forderung und giltiges Veräusserungsverbot zustande gekommen ist. Sodann ist Erfordernis, dass die Vereinbarung der Unveräusserlichkeit zwischen den Gläubiger (denn er allein ist zur Verfügung über sein Forderungsrecht befugt) einerseits und dem Schuldner andererseits getroffen ist. Daraus folgt, dass eine solche Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und einem Dritten der dinglichen Wirkung entbehrt, vielmehr unter die allgemeinen Regeln des § 137 fällt. Die praktische Bedeutung des § 399 würde die sein: hat der Gläubiger dem Veräusserungsverbote zum Trotz die Forderung cediert, so erwirbt der Cessionar die Forderung nicht, er ist nicht imstande, das Recht geltend zu machen, sondern muss sich vom Schuldner in jedem Falle die Vereinbarung der Unveräusserlichkeit entgegenhalten lassen. Auf der anderen Seite ist der Schuldner nicht in der Lage, mit liberierender Wirkung dem Cessionar zu leisten, er muss demselben die Leistung verweigern, will er sich nicht der Gefahr aussetzen, zum Zweck der Erfüllung der unveräusserlichen Forderung vom Cedens in Anspruch genommen zu werden.

Diese Ausnahme ist aber für den Fall, dass über die Forderung eine Urkunde ausgestellt ist, durch-

brochen. Die dingliche Wirkung versagt gegenüber dem Erwerber, wenn das Veräusserungsverbot aus der Urkunde nicht ersichtlich ist und der Erwerber auch sonst nichts von dem Bestehen der Abtretungsverbote wusste oder wissen musste. Dabei ist Voraussetzung, dass die Abtretung selbst auf Grund der Urkunde abgetreten wird. In diesem Falle ist der Schuldner zur Leistung an den neuen Gläubiger verpflichtet, andererseits liberiert er sich durch die Leistung. Der diesbezügliche § 405 umfasst aber nicht blos Urkunden, die zur Begründung der Forderung notwendig sind, also die konstitutiven Urkunden, sondern auch solche, die lediglich Beweischarakter an sich tragen.

Ein Wort noch hinsichtlich der Anweisung. § 792 bestimmt: „Der Anweisungsempfänger kann die Anweisung durch Vertrag mit einem Dritten auf diesen übertragen, auch wenn sie noch nicht angenommen ist. Die Übertragungserklärung bedarf der schriftlichen Form. Zur Übertragung ist die Aushändigung der Anweisung an den Dritten erforderlich."

„Der Anweisende kann die Übertragung ausschliessen. Die Ausschliessnng ist dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung zu entnehmen ist oder wenn sie von dem Anwesenden dem Angewiesenen mitgeteilt wird, bevor dieser die Anweisung annimmt oder die Leistung bewirkt.

Nimmt der Angewiesene die Anweisung gegenüber dem Erwerber an, so kann er aus einem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnis Einwendungen nicht herleiten. Im Übrigen finden auf die Übertragung der Anweisung die für die

Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung."

Auch die noch nicht akzeptierte Anweisung kann Gegenstand der Veräusserung und des Veräusserungsverbotes sein, und hier zeigt sich ein eigenes Bild. Erst mit der Annahme der Anweisung seitens des Angewiesenen entsteht eine Verpflichtung des Angewiesenen zur Leistung, mit diesem Moment besteht erst das vollkommene Forderungsrecht; solange lag nur, wie Cosack sagt, eine „Ermächtigung zur Zahlung und zur Annahme der Zahlung" vor. Der Anweisungsempfänger ist noch nicht berechtigt, da auf seiten des Angewiesenen die Pflicht zur Leistung nicht besteht: es mangelt das subjektive Recht. Und trotzdem ist diese „Ermächtigung" fähig, Gegenstand der Veräusserung und dessen Verbot zu sein. Aber im Verkehr hat sie eine so grosse Wahrscheinlichkeit erfüllt zu werden, dass sie der akzeptierten Anweisung gleichgestellt ist.

Hinsichtlich des Cessionsverbotes der Anweisung gelten die allgemeinen Regeln des § 405 ff., sofern nicht für die Anweisung Besonderheiten bestimmt sind. Ihrer Natur nach ist die Anweisung eine schriftliche Aufforderung seitens des Anweisenden an den Angewiesenen, dem Anweisungsempfänger eine vertretbare Sache, meist Geld zu leisten. Das Cessionsverbot kann entweder gleich in der Urkunde selbst vom Angewiesenen — denn er allein schreibt die Urkunde — statuiert werden oder mündlich mit dem Angewiesenen oder dem Anweisungsempfänger. Aber diese mündliche Abrede des Cessionsverbotes hat nur dann die

dingliche Kraft des §§ 399, 405, wenn dem Angewiesenen das Veräusserungsverbot vor der Akzeptation oder der Leistung bekannt ist. Zur Mitteilung desselben ist nach ausdrücklicher Bestimmung nur der Anweisende selbst berechtigt, sodass diese Mitteilung dem Angewiesenen gegenüber unberechtigt ist, wenn der Erwerber oder der Anweisungsempfänger sie macht, es sei denn dass diese als Boten des Anweisenden auftreten. Der Grund für diese Bestimmung ist der: die Anweisung, die durch das Bedürfnis grössere Zahlungen in Geld durch Austausch von Forderungen und Schuldverpflichtungen zu vereinfachen entstanden, soll in ihrem Bestande möglichst leicht im Verkehr übertragbar sein. Da nun vor der Annahme der Angewiesene zu einer Leistung noch nicht verpflichtet ist, so soll nur bis zu diesem Moment von seiten des Anweisenden der Anweisung die von Natur anhaftende Cessionsfähigkeit genommen werden können. Wird die Anweisung von dem Angewiesenen nicht durch einen besonderen Vermerk angenommen, sondern stillschweigend, indem der Angewiesene sofort die Leistung selbst bewirkt, so ist der Augenblick der Zahlung der für die Mitteilung des Cessionsverbotes letzte Augenblick (§ 792 Abs. II S. 2).

Weshalb der Angewiesene nicht auch die Cession ausschliessen, sondern nur der Anweisende wie Abs. II des § 792 sagt, ist klar: der Angewiesene braucht die Anweisung nicht anzunehmen; denn bis dahin ist er zu einer Leistung aus der Anweisung nicht verpflichtet. Wenn der Angewiesene eine weitere Cession nicht wünscht, so muss er vor der Annahme der Anweisung den Anweisenden ersuchen, das Cessionsverbot,

am besten durch Vermerk auf der Urkunde selbst, zu statuieren. Aber der zur Annahme präsentierende Erwerber wird in keiner Weise durch diesen Vermerk in der Geltendmachung seines Anspruchs auf die Leistung geschmälert, nur ist ihm die Möglichkeit einer Cedierung genommen.

Wenn das Cessionsverbot durch Abrede zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger bestimmt ist und die noch nicht akzeptierte Anweisung trotzdem an einen Erwerber vom Anweisungsempfänger weiter cediert wird, so erwirbt der gutgläubige Erwerber die Anweisung. Andere sind nicht dieser Meinung, indem sie sich auf die Protokolle II S. 391 stützen, wonach dem Erwerber der Schutz des guten Glaubens deshalb nicht gewährt werden solle, weil sein Recht überall noch unsicher sei. Diese Meinung ist nicht haltbar. Die besonderen Regeln, die § 792 für die Anweisung aufstellt, sollen fast nur dem Angewiesenen gegenüber gelten: der Angewiesene kann rechtsgiltig, d. h. z. B. bei Anweisung auf Schuld mit der Wirkung zahlen, dass seine Schuld in der Höhe der gezahlten Leistung getilgt wird. Für den Erwerber gelten die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes und des Allgemeinen Teiles. §§ 399 und 405 kommen deshalb nicht in Betracht, weil ein Schuldner, mit dem das Cessionsverbot statuiert worden ist, nicht da ist: eine Schuld besteht noch nicht bei der nicht akzeptierten Anweisung, und das Cessionsverbot ist zwischen Anweisenden und Anweisungsempfänger abgeschlossen. Es kommt nur der allgemeine § 137 in Betracht, und nach diesem erwirbt der Erwerber das

Eigentum an der „Ermächtigung zur Leistung und Annahme der Leistung. Selbst wenn der Erwerber im Momente der Cession das Cessionsverbot kannte, ist er legitimierter Inhaber der nicht akzeptierten Anweisung geworden. Und diese Konsequenz erscheint ganz zweckentsprechend, wenn wir bedenken, dass die Anweisung für den leichten Verkehr geschaffen ist, und darin nähert sie sich dem Wechsel. Eine andere Frage ist, ob der Angewiesene annimmt; wird er vor der Annahme vom Anweisenden von dem Bestehen des Cessionsverbotes benachrichtigt, so muss er die Annahme resp. wenn er nicht akzeptiert, sondern gleich leistet, die Leistung verweigern; nimmt er aber die präsentierte Anweisung an, sei es dass er von dem Bestehen des Veräusserungsverbotes keine Ahnung hat, sei es dass er es durch Mitteilung irgend eines anderen auch des Erwerbes, nur nicht des Anweisenden selbst, erfahren hat, so ist er zur Leistung an den Erwerber verpflichtet. § 792, III.

Nach § 413 werden die Regeln von der Übertragung von Forderungen auch auf die Urheberrechte ausgedehnt. Zu diesen gehören eine Reihe von Rechten, welche in Spezialgesetzen ihre reichsrechtliche Regelung gefunden haben. Es sind dies die Reichsgesetze vom 11. Juli 1870, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken; vom 9. Januar 1876, betr. das Urheberrecht an den Werken der bildenden Künste; vom 10. Januar 1876, betr. den Schutz von Photographien gegen unbefugte Nachbildungen; vom 11. Januar 1876, betr. das Urheber-

recht an Mustern und Modellen; vom 1. Juni 1891, betr. den Schutz der Gebrauchsmuster; vom 25. Mai 1877, neu vom 7. April 1891 das Reichspatentgesetz. Auf den lebhaften Streit über die juristische Konstruktion des Urheberrechtes wollen wir hier nicht eingehen. Inhaltlich besteht das Urheberrecht in der ausschliesslichen Berechtigung über das Geisteswerk zu verfügen, besonders es in den Verkehr zu bringen. Die Hauptseite des Urheberrechtes für den Rechtsverkehr ist die vermögensrechtliche, das Recht zu verwerten, und darin kann es von der Person losgelöst und Gegenstand des Verkehrs werden. Diese Seite ist veräusserlich und wird hinsichtlich der Übertragung analog den Forderungen geregelt. Verpflichtet sich der Inhaber eines Urheberrechts, die ihm aus seinem Urheberrechte zustehenden Berechtigungen nicht weiter zu veräussern, so kommt im Falle der Zuwiderhandlung der § 399 zur Anwendung: die trotz des Verbotes erfolgte Weiterübertragung ist nichtig.

Einige Ausnahmen von der Regel im § 137 weist das BGB. in seinem Einführungsgesetze auf. Nach dem Grundsatze „Reichsrecht bricht Landesrecht" gilt, da das BGB. das Privatrecht codificatorisch behandelt, die Regel des § 137 für alle Privatrechtsverhältnisse, soweit nicht ausdrücklich im Gesetze Ausnahmen statuiert sind. Abgesehen vom § 399 würde das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nur obligatorisch wirken. Im Einführungsgesetz jedoch hat das BGB. in art. 59, 62, 64 zu Gunsten der wenn auch nicht im ganzen Reichsgebiete, so doch in den meisten Teilen desselben bestehenden Familienfideicommiss-,

Stamm-, Renten- und Anerbengüter Ausnahmen gemacht. Die Rechtsverhältnisse dieser Sonderinstitute reichsrechtlich zu regeln, hat das BGB. wohlweislich unterlassen, weil es zu tief in die sozialen Verhältnisse der einzelnen verschiedenen Teile des Reiches eingeschnitten haben würde, sondern hat ihre Regelung der Landesgesetzgebung überlassen und sich nur darauf beschränkt, derselben dafür einige Richtungen zu geben.

Bezüglich unserer Frage hat das Einführungsgesetz zum BGB. es dem Stifter eines Familienfideikommisses gestattet, dem Familienfideikommissvermögen ein Veräusserungsverbot mit Wirkung gegen Dritte beizufügen, sodass die dementgegen erfolgte Veräusserung ungiltig ist. Ähnlich ist die Wirkung der den Anerben- und Rentengütern durch Privatgeschäft beigefügten Veräusserungsverbote. Bei Rentengütern z. B. nach dem preussischen Rentengesetz von 1890 kann der Inhaber des Rentengutes einen dinglich wirkenden Vertrag dahin giltig eingehen, dass er sein Gut nicht zerteilen und keinen Teil verkaufen will. Ebenso kann bei Anerbengütern durch Privatabmachung dem Inhaber die Veräusserungbefugnis genommen werden; aber die eine Ausnahme schreibt das BGB. vor, dass der Erblasser in seiner Befugnis von Todeswegen über das Anerbengut zu verfügen nicht beeinträchtigt werden darf, ein Reichsrechtssatz, den auch das preussische Gesetz vom 8. Juni 1896 ausdrücklich aufgenommen hat. Aber diese Gebiete gehören dem Landesrechte an.

§ 12.

Das testamentarische Veräusserungsverbot.

Bisher handelten wir von den Wirkungen des durch Vertrag auferlegten Veräusserungsverbotes. Nunmehr wenden wir uns dem durch Testament statuierten Veräusserungsverbote zu. Das letztwillige Veräusserungsverbot findet sich im Vermächtnis, in der Einsetzung der Nacherbschaft und in der Form der Auflage. Bei den beiden ersten Arten ist das Veräusserungsverbot als zum Wesen des rechtsgeschäftlichen Inhalts gehörig selbstverständlich; als Auflage dagegen muss es stets ausdrücklich angeordnet sein.

Das Vermächtnis entbehrt anders als im gemeinen Rechte heute der Dinglichkeit. Dort erwarb der Vermächtnisnehmer im Moment des Todes einen dinglichen Anspruch auf die vermachte Sache, und er konnte, da der gutgläubige Erwerb im gemeinen Rechte nicht geschützt wurde, selbst dem gutgläubigen Erwerber die vermachte Sache wieder abnehmen. Heute dagegen ist dem Vermächtnisnehmer nach § 2174 nur ein obligatorischer Anspruch gegen den Erben auf die vermachte Sache gegeben, nicht aber ein dinglicher. Darum ist der Erwerber, der im Momente des Erwerbes die Vermächtnisqualität der Sache kannte, gegen Angriffe des Vermächtnisnehmers geschützt, und der Vermächtnisnehmer ist nur auf Schadensersatzansprüche gegen den gewissenlosen Erben gemäss § 823 angewiesen. Das in § 137 ausgesprochene Prinzip gilt, weil das Gesetz schweigt, auch für die Vermächtnisse.

Ist eine Nacherbschaft eingesetzt, so ist nach § 2112 der Vorerbe zwar zum freien Verfügen über den Nachlass befugt, also auch zur Veräusserung der von der Nacherbschaft betroffenen Gegenstände, immerhin doch nur in den Grenzen einer ordentlichen und vernünftigen Wirtschaft (§§ 2127, 2128). Aber einige wichtige Ausnahmen dieses Verfügungsrechtes sind in §§ 2113, 2115 enthalten: dem Vorerben ist die Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück insoweit verboten, als dadurch das Recht des Nacherben beeinträchtigt oder vereitelt sein würde; desgleichen sind dem Vorerben unentgeltliche Zuwendungen untersagt sofern sie sich nicht als Anstandsschenkungen darstellen. Aber der gute Glaube wird bei trotzdem erfolgter Veräusserung geschützt. Von diesen Beschränkungen kann der Erblasser nach § 2136 den Vorerben befreien, den Nacherben auf id quod supererit einsetzen. Nicht aber kann der Erblasser dem Vorerben weitere mit dinglicher Wirkung ausgestattete Verfügungsbeschränkungen als die oben angegebenen auferlegen; das widerspräche dem im § 137 aufgestellten Prinzip des BGB. rechtsgeschäftlichen Beschränkungen der privaten Verfügungsfreiheit dingliche Wirkung nicht beizulegen.

Die dritte Form, in der uns das letztwillige Veräusserungsverbot begegnet, ist die Auflage, und sie macht infolge der rechtlichen Natur der Auflage Schwierigkeiten. Die Auflage ist nach § 1940 die durch Testament oder im Erbvertrage dem Erben oder Vermächtnisnehmer — nicht kann also der Pflichtteilsberechtigte mit einer Auflage beschwert werden, voraus-

gesetzt dass der Pflichtteil als solcher aus der Erbschaft erworben ist — auferlegte Verpflichtung zu einer Leistung, ohne dass dem Begünstigten ein Anspruch auf die Leistung gewährt wird. Es besteht also ein absolutes Verpflichtungsverhältnis des Belasteten während ein Forderungsrecht desjenigen, zu dessen Gunsten die Auflage erlassen ist, nicht vorhanden ist. Allerdings ist die Erfüllung der Auflage erzwingbar, aber hierfür sind besondere formell Klagberechtigte, die regelmässig von den Begünstigten verschieden sind, vom Gesetz geschaffen worden: Der Erbe, der Nichterbe, derjenige, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, und, falls ein öffentliches Interesse an der Vollziehung der Auflage besteht, die durch Landesrecht bestimmte Behörde. Die Auflage in ihrer rechtlichen Gestaltung als abstraktes Verpflichtungsverhältnis unter die Schuldverhältnisse zu bringen, scheint mir unmöglich; ich sehe sie vielmehr mit Endemann als ein besonderes positives Rechtsgebilde an. Eine weitere Frage, und sie ist für das Veräusserungsverbot von praktischer Bedeutung ist, ob ein Interesse an der Erfüllung der Auflage vorhanden sein muss. Endemann bejaht die Frage, weil die Verpflichtung undenkbar ist, ohne dass ihr eine Interessensphäre gegenüber steht. Frommhold in seinem Kommentar zum BGB. zu § 1940 verlangt das Vorhandensein des Interesses sogar für einen Dritten, also einer vom Erblasser und Beschwerten verschiedenen Person und macht dies zum Unterscheidungsmittel zwischen Auflage und dem rechtlich bedeutungslosen Rat. Kohler in

seinem Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 21, verlangt das Vorhandensein des Interesses sei es auch des Erblassers oder der Öffentlichkeit oder eines Dritten. Ebenso Staudinger zu § 1940, wobei ich das Wort „Vorteil" nicht als das Vermögen berührend, sondern als „Interesse" auffasse. Kipp in Windscheid's Pandekten Bd. 2 S. 10 Ziffer 3 verlangt gleichfalls, dass ein Interesse einer Person vorhanden ist, ohne dass die Auflage Vermögensvorteil bringen muss. Wohl aber postuliert Kipp, dass „die Erfüllung einen in Geld abschätzbaren Aufwand darstellt". Kipp führt aus: „Der § 2187 ergibt zunächst für Auflagen, mit denen ein Vermächtnisnehmer beschwert ist, dass er die Erfüllung verweigern kann, soweit dasjenige, was er aus dem Vermächtnis erhält, nicht ausreicht. Diese Vorschrift setzt zu ihrer Anwendung notwendig voraus, dass der Aufwand zur Erfüllung der Auflage mit dem Werte des Vermächtnisses verglichen werden kann; Handlungen und Unterlassungen, deren Last nicht in Geld abschätzbar ist, kann er immer verweigern; denn der entgegengesetzte Schluss, dass er sie nie verringern könne, wäre offenbar verfehlt, weil hierdurch der dem Belasteten zugedachte Schutz gegen eine Last, welche den Vorteil des Vermächtnisses übersteigt, für die Fälle unschätzbarerr Auflagen, in denen die persönliche Belästigung eine sehr grosse sein kann, illusorisch gemacht werden würde". Hinsichtlich des Erben entscheidet Kipp in gleicher Weise. Diesen Standpunkt Kipp's halte ich für den richtigen: nicht notwendig ist, dass die Auflage das Vermögen eines Dritten berührt, vielmehr genügt,

aber das ist auch Erfordernis, dass die Auflage für einen Dritten oder Erblasser von Interesse und eine in Geld abschätzbare Leistung sein muss. Sonst liegt ein blosser Rat des Erblassers vor, welcher rechtlich unbeachtlich ist.

Das gefundene Ergebnis auf das letztwillige Veräusserungsverbot angewendet, ergibt, dass, wenn das Veräusserungsverbot in niemandes Interesse erlassen ist, dasselbe ungiltig ist. Das wäre in all den Fällen das Ergebnis, wo der Erblasser ohne weitere Begründung sagt: „N. N. soll die Sache bekommen, aber er darf sie nicht veräussern". Regelmässig wird das Veräusserungsverbot auch keine in Geld abschätzbare Leistung darstellen und aus diesem Grunde ungiltig sein. Ist aber ein Veräusserungsverbot als Auflage giltig, so wird die praktische Durchführung ein wenig günstiges Resultat ergeben. Zunächst greift, da das Gesetz für letztwillige Veräusserungsverbote keine Sonderbestimmung getroffen hat, der § 137 Platz, sodass die entgegen dem Verbote erfolgte Veräusserung giltig bleibt. Da die Klage des Klageberechtigten (der Erben, Miterben, des Verdeckten eventuell der Behörde) auf Unterlassung der Veräusserung geht, so entsteht der Anspruch und damit der Klagegrund erst mit der Zuwiderhandlung (§ 198), der Veräusserung, und dann wird es in den meisten Fällen zu spät sein, die Sache zurückzuhalten. Die Schadensersatzklagen sind praktisch selten, weil sich schwer ein rechnerisch bestimmbarer Schaden nachweisen lässt. Der Anspruch auf Herausgabe dessen, was „zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet

werden müssen", ist gleichfalls nicht gegeben; höchstens könnte man dem Belasteten das Plus abnehmen, um welches der etwa erzielte Kaufpreis den Wert der veräusserten Sache übersteigt. Die Anwendung der nach § 888 CPO. zulässigen Zwangsmittel ist unstatthaft, da die dort gemeinten Handlungen wiederholbar sind. Ist dagegen ein Vermögensschade nachweisbar, so ist der Belastete nach § 823 verpflichtet, denselben dem Begünstigten zu ersetzen.

Um sich die Einhaltung des letztwilligen Veräusserungsverbotes zu sichern, kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennen. Der Testamentsvollstrecker ist verpflichtet, die Anordnungen des Erblassers zu erfüllen (§ 2203), sonst macht er sich schadensersatzpflichtig (§ 2219). Der Erbe aber kann nicht über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand verfügen, also auch nicht veräussern (2211). Nicht aber ist der Erblasser imstande, durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers eine Sache dem Verkehr zu entziehen und sie zu einer unveräusserlichen zu machen; zwar ist der Testamentsvollstrecker dem Erben oder Vermächtnisnehmer für den Schaden, den der Erbe oder Vermächtnisnehmer durch die verbotene Veräusserung erleidet, verantwortlich, aber diese Haftpflicht erlischt, wenn der Erbe oder Vermächtnisnehmer der Veräusserung zustimmt oder sie nachher genehmigt. Denn die Schadensersatzklage anzustellen, steht im Belieben des Erben oder Vermächtnisnehmers.

§ 13.

Folgen aus der entgegen dem Verbot erfolgten Veräusserung.

Zum Schluss bleibt uns noch die Frage übrig: welche Konsequenzen ergeben sich aus der trotz des Veräusserungsverbotes erfolgten Veräusserung? Wir sahen, regelmässig hat das auf Privatwillen beruhende Veräusserungsverbot obligatorische Wirkung und nur in den Ausnahmefällen des § 399 und des Einführungsgesetzes wirkt es dinglich.

Nehmen wir die Ausnahmefälle vorweg, so ist nach § 399 die trotz des Verbotes erfolgte Abtretung der Forderung ungültig. Der alte Gläubiger bleibt Gläubiger, er ist, weil durch den Vertrag gebunden, nicht im stande, das Forderungsrecht zu übertragen. Stirbt er und wird er beerbt (und beerbt wird nach heutigem Rechte jeder, da nach §§ 1936, 1942 zuletzt der Fiskus Erbe wird, ohne das Recht der Ausschlagung zu haben), so ist dies keine Veräusserung, da der Erbe die Person des Erblassers wenigstens in seinen Vermögensrechten fortsetzt. Dem Gläubiger aber ist es nicht verwehrt, auf sein Forderungsrecht zu verzichten, dadurch geht das Forderungsrecht unter, und der Schuldner wird frei. Dem Gläubiger ist es nur untersagt, sein Forderungsrecht auf einen andern zu übertragen, tut er es dennoch, so wird der Erwerber nicht berechtigt zu fordern, selbst wenn er beim Erwerbe in bona fide war. Andererseits ist der Schuldner berechtigt die Leistung dem Erwerber zu verweigern, und er muss es tun, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, nochmal dem Gläubiger leisten zu

müssen. Die Unveräusserlichkeit des Forderungsrechtes hat nach § 851 CPO. die Unpfändbarkeit desselben zur Konsequenz, dass auf diese Weise dem Schuldner die Möglichkeit gegeben war, sein Vermögen dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen, schien dem Entwurf des BGB. nicht statthaft zu sein und deshalb wollte der Entwurf von dem pactum de non cedendo nichts wissen. Diesem Mangel des Gesetzes aber hilft die Novelle zur CPO. § 851 ab, wo es heisst: „Eine Forderung ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist. Ein nach § 399,2 des BGB. nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist".

Auch bei Ausnahmefällen, die im Einführungsgesetz zum BGB. enthalten sind, ist die dem Veräusserungsverbote zuwider erfolgte Veräusserung nichtig, und das veräusserte Gut kann vom Erwerber zurückgeholt werden. Handelt es sich um Grundstücke, und dies wird die Regel sein, dann wird sich die Eigenschaft der Unveräusserlichkeit aus dem Grundbuche ergeben. Berechtigt die Klage auf Herausgabe gegen den Erwerber anzustellen, ist zunächst der Eigentümer sodann der Anwärter: der Inhaber des Fideikommissgutes hat als Eigentümer die rei vindicatio, eine ähnliche Klage jeder Anwärter, nicht nur der nächste. Denn wenn der Anwärter noch nicht Eigentümer ist, so ist seine Stellung zum Fideikommissgut nicht die einer blossen Anwartschaft ohne jede rechtlichen Befugnisse, er steht besser und gesicherter da als der

Nach- und Vertragserbe, er hat nicht allein eine „unentziehbare Anwartschaft“ auf das Fideicommissgut, sondern ein dingliches Recht. Im übrigen ist es verfehlt, für die Beurteilung der Rechtsstellung des Anwärters ein Analogon im gemeinen Rechte zu suchen; unser Familienfideikommiss ist deutschen Ursprungs, und darum ist passender der Vergleich mit dem deutschrechtlichen Beispruchsrecht.

Doch weiter auf diese Gebiete einzugehen würde uns von unserer Aufgabe entfernen.

Abgesehen von diesen Ausnahmen ist die Wirkung des rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbotes obligatorisch. Übertritt der Belastete das Veräusserungsverbot und veräussert er, so ist die Veräusserung gültig, er aber ist dem Gegenkontrahenten zum Schadensersatz verpflichtet.

Nach § 249 ist der Veräusserer zunächst verpflichtet, den Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn das Veräusserungsverbot nicht übertreten wäre. Er ist gehalten, die veräusserte Sache zurückzukaufen. Ist das nicht möglich, etwa weil der Erwerber nicht kann oder nicht will, so hat der Veräusserer Geldentschädigung zu leisten. Der Berechtigte hat seinen Schaden, den er durch die Veräusserung erlitten hat, zu beweisen (§ 251). Um sich diesen Nachweis zu ersparen, kann sich der Berechtigte eine Vertragsstrafe in angemessenen Grenzen versprechen lassen, welche nach § 340 an die Stelle des erlittenen Mindestschadens tritt. Ist die Strafe nach Ansicht des Schuldners zu hoch stipuliert, so kann er nach § 343 die Herabsetzung derselben auf einen angemessenen Betrag verlangen.

Kann der durch die Veräusserung in seinem Interesse Verletzte einen geldwerten Schaden nicht nachweisen und ist auch keine Vertragsstrafe versprochen worden, so entspringt auch hier für uns die schon für das gemeine Recht erörterte Streitfrage, ob da überhaupt eine Verbindlichkeit entsteht. Wir erinnern uns, dass im gemeinen Rechte viele Schriftsteller Vermögenswert für die Obligation forderten, während andere mit Recht dies verneinten. Dieselbe Streitfrage besteht auch für unser heutiges Reichsrecht. Eine Reihe namhafter Schriftsteller wie Dernburg, Oertmann halten an dem alten Postulate fest, es bedürfe die Obligation des Vermögensinteresses, indem sie ihre Ansicht darauf stützten, man müsse die Möglichkeit haben, bestimmt zwischen den rechtlich bindenden und den bloss gesellschaftlich oder moralisch verpflichtenden Beziehungen zu scheiden.

Aber für diese Ansicht kann man im Gesetzbuch keine Bestätigung finden. Der § 241 sagt: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“ In dem Wortlaut dieses Paragraphen ist das Erfordernis eines Vermögensinteresses nicht zu finden. Es kommt vielmehr in erster Linie auf den Willen der Parteien an. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gibt den Parteien das Recht, alles, was sie für ein schutzwürdiges Interesse bestimmen, zum Gegenstand einer rechtlich bindenden Vereinbarung zu machen, und dann leiht das Gesetz den Parteien Machtmittel zur Durchführung des Rechtsanspruchs. Das Recht verlangt

von den Parteivereinbarungen nur, dass sie nicht Unmögliches und Unsittliches zum Gegenstande haben; vor allem will es seinen Schutz nur gewähren, wenn durch die Vereinbarung nicht die individuelle Freiheit des Einzelsubjektes zu sehr eingeengt wird. Ist die Vereinbarung unsittlich, so ist sie nach § 138 nichtig. In allen anderen Fällen dagegen gewährt das Gesetz die Klage und eventuell die Zwangsvollstreckung als Schutzmittel. Auf diesem Standpunkte etwa steht auch Cosack, Lehrbuch § 80, Windscheid, Kipp, 1900. Ähnlich Schollmeyer in seinem Kommentar zum BGB. S. 3, wo er sagt: „Das BGB. stellt nirgends das Erfordernis des Vermögenswertes der geschuldeten Leistung auf und es konnte sich also nur fragen, ob etwa aus Gründen allgemeiner Natur dies Erfordernis zu folgen ist? Dies ist zu verneinen. Die äussersten Grenzen der Vertragsmöglichkeit werden abgesteckt durch Verbotsgesetze und gute Sitten. Zwischen der vermögensrechtlichen Leistung und der Leistung gegen Verbotsgesetze und guten Sitten liegt aber noch ein grosses Gebiet, und innerhalb dessen kann jedes schutzberechtigte Interesse zum Inhalt eines Schuldverhältnisses gemacht werden.

Kohler in seinem Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 12, S. 1 ff. sagt: „Alle Verabredungen, welche nach unserer Lebensanschauung freie Äusserungen der Liebe und des Anstands sein sollen, sind dem Rechtsverkehr und damit der Rechtspflicht entzogen, noch mehr gilt dies von allem, was sich auf die Religion bezieht.“ Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897, S. 1 fg. sagt: „Die

Obligation muss nur einem objektiv berechtigten Bedürfnisse dienen."

Auf unsern Fall dies angewendet, würden wir zu folgendem Ergebnis kommen. In erster Linie muss der Interessent gemäss § 249 auf Wiederherstellung des früheren Zustandes klagen, wie oben, wo er einen in Geld schätzbaren Schaden erlitten hat. Wenn möglich, kann der Interessent die Sache vom Erwerber selbst zurückkaufen und den gezahlten Kaufpreis dem Veräusserer liquidieren. Ist aber die Summe, die für den Rückkauf der veräusserten Sache gezahlt werden soll, eine unverhältnismässig hohe, so möchte ich dem Veräusserer den Schutz des § 251, 2 gewähren. Kann aber das veräusserte Recht nicht mehr zurückerworben werden, so ist der Interessent schlimm daran, denn für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, kann nach § 253 Ersatz in Geld nicht verlangt werden. Der Verletzte bekommt also nichts.

Wir stehen hier vor einer grossen Lücke des Gesetzes: der vertragsbrüchige Veräusserer kann nicht zu einer Genugtuung von Rechtswegen herangezogen werden. Deshalb ist jedem, der sich ein Veräusserungsverbot versprechen lässt, zu raten, sich gleichzeitig für den Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe auszubedingen. Sie gilt, wenn in angemessenen Grenzen stipuliert, als Mindestschaden, sodass es der Partei unbenommen bleibt, einen erlittenen höheren Schaden geltend zu machen.